

Revue

de planification fiscale
et financière

- | | |
|--|-----|
| ■ Numéro spécial de la <i>Revue</i> : « Congrès 2012 »
<i>Chantal Jacquier</i> | 675 |
| ■ Dix ans après l'arrêt <i>Jarvis</i> : où en sommes-nous?
<i>Jean Groleau, Michel Dansereau et Gilles Villeneuve</i> | 677 |
| ■ Comprendre l'arrêt <i>Jarvis</i> : le parcours
jurisprudentiel d'une décision obscure
<i>Gilles Villeneuve</i> | 733 |
| ■ Fiscalité des époux, conjoints de fait,
personnes séparées ou divorcées
<i>Luc Lacombe</i> | 753 |
| ■ Conflits d'intérêts de l'administrateur/
fiduciaire/bénéficiaire
<i>Luc Martel</i> | 795 |

Revue

de planification fiscale
et financière

Cette publication doit être citée : (2012), vol. 32, n° 4
*Revue de planification fiscale
et financière*

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

Veillez adresser toute correspondance à :

APFF

1100, boul. René-Lévesque Ouest, bureau 660

Montréal (Québec) H3B 4N4

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

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

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

© 2012, Association de planification fiscale et financière

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

ISSN 1924-9837

Dépôt légal, 4^e trimestre 2012

Bibliothèque nationale du Québec

Bibliothèque nationale du Canada

COMITÉ DE LA REVUE

PRÉSIDENTE :

Chantal Jacquier, avocate, LL. M.

COORDONNATRICE :

Diane Gagnon, avocate
Directrice de l'édition
APFF

MEMBRES :

Marie-Pierre Allard, avocate, M. Fisc.
Professeure titulaire
Université de Sherbrooke

France Bordeleau, CPA, CGA, M. Fisc.
Banque Nationale Groupe Financier

Kathleen Comeau, M. Fisc.
Raymond Chabot Grant Thornton s.e.n.c.r.l.

Yves-André Grondin, avocat, M. Fisc., CPA
Samson Bélair/Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l.

Christiane Maurice, avocate, LL.M. fisc.
Richter

Michel Ostiguy, avocat, LL. B., M. Fisc.
Samson Bélair/Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l.

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

Julie Hélène Tremblay, avocate, M. Fisc.
*Dufour, Charbonneau, Brunet & Associés inc.,
Comptables professionnels agréés*

Jean-Pierre Vidal, CPA, CA, Ph. D.
Professeur agrégé
HEC Montréal

MEMBRE D'OFFICE :

Maurice Mongrain, avocat
Président-directeur général
APFF

POLITIQUE ÉDITORIALE

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

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

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

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

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

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

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

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

SOMMAIRE DE LA REVUE

Vol. 32, n° 4 • 2012

- **Numéro spécial de la Revue : « Congrès 2012 »**
Chantal Jacquier 675

 - **Dix ans après l'arrêt Jarvis : où en sommes-nous?**
Jean Groleau, Michel Dansereau
et Gilles Villeneuve 677

 - **Comprendre l'arrêt Jarvis : le parcours
jurisprudentiel d'une décision obscure**
Gilles Villeneuve 733

 - **Fiscalité des époux, conjoints de fait,
personnes séparées ou divorcées**
Luc Lacombe 753

 - **Conflits d'intérêts de l'administrateur/
fiduciaire/bénéficiaire**
Luc Martel 795
-

NUMÉRO SPÉCIAL DE LA REVUE : « CONGRÈS 2012 »

Chantal Jacquier, avocate, LL. M.

Présidente du comité de la
Revue de planification fiscale et financière

Le grand succès du congrès d'octobre 2012 de l'APFF, à Montréal, a incité la *Revue de planification fiscale et financière* à publier cette année encore, dans un numéro spécial, quelques textes correspondant à des conférences significatives. Nous avons l'embarras du choix. Celui-ci s'est finalement porté sur des textes qui ont été le gage du succès du congrès en ce qu'ils font état de situations courantes dont les conséquences fiscales demandaient à être précisées.

L'arrêt *Jarvis* rendu par la Cour suprême du Canada en 2002 est une décision clé pour faire la distinction entre une vérification fiscale à des fins civiles (cotisations) et une enquête fiscale à des fins pénales, avec les conséquences qui en découlent. Deux articles font le point sur cette question. Le premier, intitulé « Dix ans après l'arrêt *Jarvis* : où en sommes-nous? », est un article auquel ont contribué M^e Jean Groleau, M^e Michel Dansereau et M^e Gilles Villeneuve. Le second article complète le premier et constitue des réflexions de M^e Gilles Villeneuve sur cette question, sous le titre « Comprendre l'arrêt *Jarvis* : le parcours jurisprudentiel d'une décision obscure ».

Par ailleurs, le panel sur la fiscalité des conjoints de fait, des époux et des divorcés a été un moment marquant du congrès. Des trois conférences très intéressantes sur ce sujet, portant respectivement sur le volet juridique, le volet pratique et le volet fiscal, nous avons retenu ce dernier volet traité par M. Luc Lacombe.

Enfin, la conférence de M^e Luc Martel sur les pouvoirs et devoirs des administrateurs de sociétés et des fiduciaires de fiducies et sur les conflits d'intérêts à éviter qui découlent du cumul de ces rôles nous a paru révélatrice de certaines difficultés courantes. M^e Luc Martel a été nommé bénévole de l'année lors du congrès pour sa participation indéfectible aux travaux de l'APFF depuis de nombreuses années. Son importante participation, cette année encore, valait la peine d'être soulignée par la publication du texte de sa conférence dans la *Revue de planification fiscale et financière*.

Les autres conférences du congrès n'en étaient pas moins intéressantes. Elles seront publiées dans le *Livre du Congrès 2012* de l'APFF, au cours de l'année 2013.

DIX ANS APRÈS L'ARRÊT JARVIS : OÙ EN SOMMES-NOUS?



Jean Groleau
Avocat, associé
Fraser Milner Casgrain
s.e.n.c.r.l.



Michel Dansereau
Avocat
Direction principale
des poursuites pénales
Revenu Québec



Gilles Villeneuve
Avocat-conseil
Service des poursuites
pénales du Canada

PRÉCIS

En novembre 2002, la Cour suprême du Canada a rendu l'arrêt *La Reine c. Jarvis* ainsi que deux autres arrêts, *La Reine c. Ling et Québec (Procureur général) c. Laroche*, dans lesquels elle a établi des facteurs afin de déterminer le moment où une vérification devient une enquête. Depuis ce temps, les tribunaux canadiens ont appliqué à maintes reprises les principes énoncés par la Cour suprême du Canada dans ces arrêts.

Dans un premier temps, les auteurs résument ces trois arrêts. Puis, ils analysent les décisions canadiennes subséquentes qui ont examiné les facteurs établis par la Cour suprême du Canada et qui ont appliqué les principes énoncés dans ces arrêts. Enfin, les auteurs traitent de la légalité du Programme spécial d'exécution de l'Agence du revenu du Canada ainsi que des modifications législatives apportées à la suite de l'arrêt *Jarvis*.

ABSTRACT

In November 2002, the Supreme Court of Canada rendered three decisions outlining the criteria for determining at what point an audit becomes an investigation. These decisions were *R. v. Jarvis*, *R. v. Ling* and *Quebec (Attorney General) v. Laroche*. From that time, Canadian courts

have repeatedly applied the principles set out by the Supreme Court of Canada in the aforementioned decisions.

At the outset, this paper summarizes the three decisions. Then, it analyses the subsequent decisions that have interpreted the criteria established by the Supreme Court of Canada and that have applied the principles set out in these three cases. Finally, this paper discusses the legality of the Special Enforcement Program of the Canada Revenue Agency as well as the legislative changes made following the *Jarvis* decision.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	681
1. LA TRILOGIE DE LA COUR SUPRÊME : LES ARRÊTS <i>JARVIS</i>, <i>LING</i> ET <i>LAROCHE</i>.....	682
1.1. L'ARRÊT <i>JARVIS</i>	682
1.1.1. Les faits.....	683
1.1.2. La question en litige.....	686
1.1.3. L'analyse.....	686
1.2. L'ARRÊT <i>LING</i>	690
1.2.1. Les faits.....	690
1.2.2. La question en litige.....	692
1.2.3. L'analyse.....	692
1.3. L'ARRÊT <i>LAROCHE</i>	694
1.3.1. Les faits.....	694
1.3.2. Les questions en litige.....	695
1.3.3. L'analyse.....	695
2. LE SEUL AUTRE ARRÊT DE LA COUR SUPRÊME : L'AFFAIRE <i>LA REINE C. NOLET</i>.....	697
2.1. LES FAITS.....	697
2.2. L'ANALYSE.....	698
2.3. L'ARRÊT <i>LA REINE V. MISSION WESTERN DEVELOPMENTS LTD.</i>	699
3. L'EXPANSION DU CHAMP D'APPLICATION DE L'ARRÊT <i>JARVIS</i> : L'AFFAIRE <i>KLIGMAN C. MRN</i>.....	701
3.1. LES FAITS.....	701
3.2. L'ANALYSE.....	702
4. LE RECOURS À L'ARRÊT <i>JARVIS</i> DANS UN APPEL CIVIL.....	705
4.1. L'ARRÊT <i>DWYER</i>	705
4.1.1. Les faits.....	705
4.1.2. L'analyse.....	707
4.2. L'ARRÊT <i>BINING</i>	708
4.2.1. Les faits.....	708
4.2.2. L'analyse.....	709
5. L'IMPLICATION DES ENQUÊTES COMME FACTEUR DÉTERMINANT.....	709
5.1. L'ARRÊT <i>BJELLEBO</i>	710
5.1.1. Les faits.....	710

5.1.2.	L'analyse	710
5.2.	L'AFFAIRE <i>DIAL DRUG STORES LTD.</i>	711
5.2.1.	Les faits	711
5.2.2.	L'analyse	713
6.	LA LÉGALITÉ DU PROGRAMME SPÉCIAL D'EXÉCUTION : LES ARRÊTS <i>CANADA (REVENU NATIONAL) C. ELLINGSON</i> ET <i>LA REINE V. TIFFIN</i>	716
6.1.	L'ARRÊT <i>ELLINGSON</i>	716
6.1.1.	Les faits	716
6.1.2.	L'analyse	718
6.2.	L'ARRÊT <i>TIFFIN</i>	721
6.2.1.	Les faits	721
6.2.2.	L'analyse	722
7.	LES MODIFICATIONS LÉGISLATIVES À LA SUITE DE L'ARRÊT <i>JARVIS</i>	726
7.1.	LES POUVOIRS DE VÉRIFICATION ET D'ENVOI DE DEMANDES PÉREMPTOIRES	726
7.2.	DE NOUVEAUX OUTILS POUR LES ENQUÊTES PÉNALES	728
	CONCLUSION	732

INTRODUCTION*

Le 21 novembre 2002, la Cour suprême du Canada a rendu trois arrêts dans les affaires *La Reine c. Jarvis*¹, *La Reine c. Ling*² et *Québec (Procureur général) c. Laroche*³. Au-delà de cette connexité temporelle, il convient de regrouper ces arrêts sous le vocable « trilogie » puisqu'ils traitent tous de l'utilisation, aux fins d'une enquête pénale ou criminelle, de renseignements obtenus dans le cadre d'une vérification fiscale.

Avant cette trilogie, il n'existait pas de consensus sur la ligne de démarcation entre une vérification fiscale et une enquête fiscale. Certains tribunaux avaient affirmé qu'une enquête commençait au moment où il existe des motifs raisonnables et probables de croire qu'il y a eu perpétration d'une infraction. Dans certaines décisions, les tribunaux avaient affirmé que c'est l'existence de « soupçons raisonnables » quant à la perpétration d'une infraction qui déclenchait la transformation d'une vérification en une enquête. D'autres avaient retenu le critère de l'« objet prédominant ». Enfin, le juge Ratushny de la Cour de justice de l'Ontario (division provinciale), dans l'affaire *La Reine v. Coghlan*⁴, avait déterminé qu'une enquête commençait seulement lorsque les autorités décidaient de porter des accusations criminelles.

Il importe de déterminer si une personne fait l'objet d'une vérification ou d'une enquête puisque ses droits vont varier de façon importante selon le contexte. En effet, plusieurs régimes réglementaires obligent les personnes qu'ils visent à produire ou à mettre à la disposition de fonctionnaires, sur demande, une quantité importante de renseignements, lesquels peuvent constituer la preuve d'une infraction à une disposition quelconque. Une personne peut même être forcée de répondre à des questions et à collaborer à une vérification entreprise par des fonctionnaires, sous peine de sanctions parfois importantes. En revanche, lorsqu'une personne est visée par une enquête, qu'elle soit pénale ou criminelle, les droits protégés par la

* Les opinions émises dans le présent texte sont exprimées par les auteurs à titre personnel uniquement et n'engagent que leur responsabilité. Notamment, elles ne sauraient lier le Service des poursuites pénales du Canada, ni la Direction principale des poursuites pénales de l'Agence du revenu du Québec, ni cette Agence.

¹ 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757 (« *Jarvis* »).

² 2002 CSC 74, [2002] 3 R.C.S. 814 (« *Ling* »).

³ 2002 CSC 72, [2002] 3 R.C.S. 708 (« *Laroche* »).

⁴ [1994] 1 C.T.C. 164.

*Charte canadienne des droits et libertés*⁵ trouvent application et doivent être respectés par l'organisme enquêteur. Un élément de preuve obtenu en violation de la Charte peut être exclu en vertu du paragraphe 24(2) de la Charte, si la condition élaborée par la jurisprudence à cet égard, qui exige du défendeur ou de l'accusé qu'il établisse que l'utilisation de cet élément de preuve soit susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, est remplie.

Dans le cadre du présent texte, nous étudierons d'abord les trois arrêts *Jarvis*, *Ling* et *Laroche* de la Cour suprême formant la trilogie. Puis, nous examinerons comment la jurisprudence subséquente a interprété les principes de l'arrêt *Jarvis* et les a appliqués à différentes situations. Enfin, nous analyserons les principales modifications législatives intervenues à la suite de l'arrêt *Jarvis*.

1. LA TRILOGIE DE LA COUR SUPRÊME : LES ARRÊTS JARVIS, LING ET LAROCHE

Nous entamerons notre analyse de la trilogie par l'arrêt *Jarvis* qui est certainement celui le plus connu et le plus cité de la trilogie. Nous poursuivrons avec l'arrêt *Ling* qui, bien que moins connu, a également pour toile de fond le régime fiscal et qui apporte des précisions importantes à l'arrêt *Jarvis*. Enfin, nous terminerons avec l'arrêt *Laroche* qui a un lien plus ténu avec la fiscalité, mais où la Cour suprême a énoncé un principe important relativement au transfert de renseignements obtenus dans le cadre d'une vérification administrative à un organisme d'enquête.

1.1. L'ARRÊT JARVIS

Cet arrêt de la Cour suprême du Canada a établi clairement qu'une distinction doit être faite entre les fonctions de vérification de conformité fiscale et celles d'enquête pour fraude fiscale qui sont attribuées aux autorités fiscales.

Ainsi, un contribuable est tenu par la loi de collaborer à une vérification pour établir sa responsabilité fiscale. Les autorités fiscales possèdent de vastes pouvoirs à cet égard et peuvent imposer des pénalités de nature réglementaire dans les cas qu'elles jugent appropriés.

⁵ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, L.R.C. 1985, app. II, n° 44 (« Charte »).

Toutefois, dès que l'objet prédominant d'un examen effectué par un agent des autorités fiscales est d'établir la responsabilité pénale d'un contribuable, une relation de nature contradictoire se cristallise entre ce dernier et l'État. À partir de ce moment, les droits protégés par la Charte, notamment la protection contre l'auto-incrimination, trouvent pleinement application. Pour recueillir de la preuve, les autorités fiscales doivent donc faire appel aux techniques d'enquête criminelle, comme l'obtention de mandats de perquisition, et non à leur pouvoir d'inspection et d'émission de demandes péremptoires de production de documents et renseignements.

1.1.1. Les faits

Au début de l'année 1994, l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») a reçu une dénonciation anonyme alléguant que M. Jarvis n'aurait pas déclaré des revenus substantiels provenant de la vente de tableaux de son épouse décédée. La lettre contenait également une liste de six galeries d'art ayant acheté des œuvres de M. Jarvis.

Même si les politiques ministérielles internes précisaient que tous les indices fiscaux fournis par des dénonciateurs relevaient de la Section des enquêtes spéciales de l'ARC (« Enquêtes »), l'indice a été acheminé à la Section de la vérification des dossiers d'entreprises et confié à une vérificatrice de l'ARC.

En février 1994, la vérificatrice a envoyé au contribuable des lettres lui indiquant que son dossier avait été sélectionné pour vérification. La vérificatrice a ensuite recueilli de l'information auprès de neuf différentes galeries pour déterminer la valeur approximative de la vente des œuvres d'art. La vérificatrice a déterminé que le contribuable avait touché, entre le 23 octobre et le 31 décembre 1990, un revenu brut de 358 409 \$. Pour l'année civile 1991, ce revenu s'élevait à 221 366 \$.

Le 16 mars 1994, la vérificatrice a reçu des renseignements de la part du comptable du contribuable selon lesquels le revenu tiré de la vente des œuvres avait été inclus dans ses revenus d'agriculture aux fins de l'impôt. Selon le comptable, pour l'année d'imposition 1990, le contribuable avait tiré un revenu net d'approximativement 58 000 \$ de la vente d'œuvres d'art. Pour l'année 1991, ce revenu net s'élevait à 43 061,79 \$.

Le 11 avril 1994, la vérificatrice et son superviseur ont rencontré le contribuable pour examiner ses livres et registres. Celui-ci n'a pas été informé de ses droits. Il a répondu aux questions et fourni les renseignements demandés.

À la fin du mois d'avril 1994, la vérificatrice avait obtenu les registres et les renseignements additionnels demandés au contribuable et elle a conclu qu'il avait omis de déclarer des revenus de l'ordre de 700 000 \$. Le 4 mai 1994, la vérificatrice a envoyé le dossier aux Enquêtes, qui ont entamé une enquête afin de déterminer s'il y avait lieu d'engager des poursuites pour fraude fiscale. La vérificatrice n'a pas informé M. Jarvis du transfert de son dossier. Quelques jours plus tard, elle a reçu du contribuable les relevés bancaires qu'elle avait demandés et les a transmis aux Enquêtes.

L'enquêteuse attitrée au dossier a communiqué à quelques reprises avec la vérificatrice au sujet de M. Jarvis. Toutefois, rien n'indique qu'on ait demandé à la vérificatrice d'obtenir des renseignements sous le couvert d'une vérification.

Concluant à l'existence de motifs suffisants pour obtenir un mandat de perquisition, l'enquêteuse a préparé une dénonciation et a demandé l'approbation de ses supérieurs pour la présenter à un juge. Ses motifs de croire que le contribuable avait commis des infractions s'appuyaient en partie sur des renseignements obtenus au cours de la vérification.

Dans les mois qui ont suivi, le comptable de M. Jarvis a tenté de communiquer avec la vérificatrice pour s'enquérir de l'avancement de la vérification. La vérificatrice a alors fait usage de faux-fuyants afin de ne pas révéler le transfert du dossier aux Enquêtes, ce qui allait à l'encontre de la politique interne de l'ARC.

En novembre 1994, des mandats de perquisition ont été délivrés en vertu de l'article 487 du *Code criminel*⁶, lesquels visaient la résidence de M. Jarvis, le lieu d'affaires de son comptable ainsi que les bureaux de l'ARC à Calgary (afin d'y saisir les livres et registres obtenus par la vérificatrice dans le cadre de sa vérification).

Au début de 1995, des demandes péremptoires adressées par l'enquêteuse à différentes banques sous le régime de l'article 231.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁷ ont permis d'obtenir des renseignements additionnels.

⁶ L.R.C. 1985, ch. C-46 (« C.cr. »).

⁷ L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) (« L.I.R. »).

Le contribuable a été accusé de fraude fiscale sous le régime de l'article 239 L.I.R. pour avoir omis de déclarer la vente d'œuvres d'art de son épouse décédée dans ses déclarations de revenus pour les années d'imposition 1990 et 1991.

L'accusé s'est opposé à la production en preuve de documents obtenus dans le cadre des perquisitions menées par l'ARC en novembre 1994 et par l'entremise de demandes péremptoires envoyées à des banques par la suite.

Le juge du procès a conclu que, lors de la rencontre du 11 avril 1994, la vérificatrice procédait à une véritable enquête puisqu'elle cherchait à obtenir des renseignements qui devaient éventuellement mener à des poursuites criminelles. Elle aurait donc dû informer le contribuable de ses droits au moment de la rencontre.

Lors d'un deuxième voir-dire, le juge du procès a conclu que la vérification était effectivement devenue une enquête le 16 mars 1994 puisqu'à ce moment, la vérificatrice avait déjà pris des dispositions pour que son superviseur puisse assister à la rencontre du 11 avril 1994.

Selon le juge du procès, les déclarations et documents recueillis suivant cette date avaient donc été obtenus en contravention des droits prévus à l'article 7 de la Charte (droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne) et devaient être exclus de la dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition. Le reliquat ne donnait pas de motifs raisonnables de décerner un mandat de perquisition et, en conséquence, l'exécution du mandat allait à l'encontre des droits garantis par l'article 8 de la Charte (droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives).

Les éléments de preuve recueillis lors de la rencontre du 11 avril 1994, ceux obtenus au moyen des mandats de perquisition ainsi que les renseignements bancaires reçus en 1995 ont été exclus en application du paragraphe 24(2) de la Charte. Le juge du procès a par la suite accueilli une requête sollicitant un verdict imposé d'acquiescement.

La Couronne a interjeté appel et le juge d'appel des poursuites sommaires a conclu que seules les déclarations faites lors de la rencontre du 11 avril 1994 devaient être exclues de la dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition et que le mandat avait donc été décerné valablement⁸.

⁸ 98 D.T.C. 6308.

La Cour d'appel de l'Alberta a confirmé l'ordonnance de nouveau procès rendue par le juge d'appel des poursuites sommaires⁹.

1.1.2. La question en litige

Dans l'affaire *Jarvis*, la question consistait à savoir s'il existe une distinction entre les fonctions de vérification et les fonctions d'enquête de l'ARC sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et quelles sont les conséquences juridiques d'une telle distinction. Plus particulièrement, on se demandait quand exactement l'ARC exerce ses fonctions de vérification et quand elle exerce ses fonctions d'enquête.

1.1.3. L'analyse

La Cour suprême du Canada rappelle d'abord qu'elle a reconnu à plusieurs reprises que la *Loi de l'impôt sur le revenu* est essentiellement une mesure de réglementation, dont le bon fonctionnement repose principalement sur l'autocotisation et l'autodéclaration. Pour éviter que des contribuables réussissent à éviter de payer leur pleine part du fardeau fiscal, les autorités fiscales doivent être en mesure de surveiller l'application de ce régime de réglementation. La loi prévoit donc de larges pouvoirs de vérification des déclarations des contribuables et d'examen de tous les documents qui peuvent être utiles pour préparer ces déclarations, ainsi que des sanctions appropriées en cas de non-respect.

Selon la Cour suprême, puisqu'une personne accusée de fraude fiscale en vertu de l'article 239 L.I.R. risque une peine d'emprisonnement en cas de déclaration de culpabilité, il ne fait aucun doute que le droit à la liberté garanti par l'article 7 de la Charte entre en jeu. La protection contre l'auto-incrimination, reconnue comme un principe de justice fondamentale, trouve application et l'État ne peut contraindre un individu à causer sa propre défaite.

La Cour suprême a également abordé brièvement le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives prévu à l'article 8 de la Charte. À cet égard, elle rappelle qu'un particulier possède une attente réduite quant au respect de sa vie privée dans le cas de registres et documents qu'il produit dans le cours normal d'activités réglementées, comme ceux qui peuvent être utiles à la production de sa déclaration de revenus.

⁹ (2000), 149 C.C.C. (3^d) 498.

La Cour suprême a déterminé que les autorités fiscales doivent renoncer à leur faculté d'utiliser les pouvoirs « civils » d'inspection et d'envoi de demandes péremptoires conférés par les articles 231.1 et 231.2 L.I.R. lorsqu'un examen a pour « objet prédominant » d'établir la responsabilité pénale du contribuable. À ce moment, les autorités fiscales « franchissent le Rubicon » puisque l'enquête crée une relation contradictoire entre le contribuable et l'État.

La Cour a rejeté le critère de la simple existence de motifs raisonnables de croire qu'il peut y avoir eu perpétration d'une infraction. Même si tel est le cas, cela n'emporte pas que l'objet prédominant de l'examen est d'établir la responsabilité pénale du contribuable. Le critère du simple soupçon qu'une infraction ait été commise est encore moins approprié.

À l'autre extrême, ce serait une fiction de dire que la relation contradictoire ne prend naissance qu'au dépôt des accusations. À ce moment, les autorités fiscales doivent croire avoir en leur possession une preuve de l'existence d'une conduite répréhensible, y compris un élément de culpabilité morale (la *mens rea*). La collecte de ces éléments de preuve, qui ne sont pas pertinents pour l'évaluation de la responsabilité fiscale d'un contribuable, indique que la relation de nature contradictoire a pris naissance. En outre, la Cour suprême ne souhaite pas favoriser la mauvaise foi chez les poursuivants qui pourraient retarder le dépôt d'accusations en vertu de l'article 239 L.I.R. dans le but de contraindre le contribuable à fournir des éléments de preuve contre lui-même.

Il n'existe pas de méthode claire pour décider si un examen a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable. Il faut plutôt examiner l'ensemble des facteurs qui ont une incidence sur la nature de cet examen. À cet égard, la Cour suprême a dressé une liste non exhaustive de facteurs que doivent examiner les juges de première instance, laquelle comprend les éléments suivants :

- a) Les autorités avaient-elles des motifs raisonnables de porter des accusations ou aurait-on pu prendre la décision de procéder à une enquête criminelle?
- b) L'ensemble de la conduite des autorités donnait-il à croire que celles-ci procédaient à une enquête criminelle?
- c) Le vérificateur a-t-il transféré son dossier aux enquêteurs?

- d) La conduite du vérificateur donnait-elle à croire qu'il agissait en fait comme un mandataire des enquêteurs?
- e) Semble-t-il que les enquêteurs aient eu l'intention d'utiliser le vérificateur comme leur mandataire pour recueillir des éléments de preuve?
- f) La preuve recherchée est-elle pertinente quant à la responsabilité générale du contribuable ou uniquement quant à sa responsabilité pénale?
- g) D'autres circonstances ou facteurs laissent-ils entendre qu'une vérification était devenue une enquête criminelle?

La Cour suprême précise que, à l'exception de la décision claire de procéder à une enquête criminelle, aucun facteur n'est nécessairement déterminant en soi.

Bien que l'arrêt *Jarvis* traite des pouvoirs des autorités fiscales prévues par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la Cour suprême précise que les facteurs énumérés ci-dessus pourraient également être analysés relativement à d'autres ministères ou organismes gouvernementaux ayant des structures organisationnelles différentes.

La Cour, dans l'arrêt *La Reine c. McKinlay*¹⁰, a clairement établi que le droit au respect de la vie privée du contribuable, protégé par l'article 8 de la Charte, est très restreint en ce qui concerne les documents et registres qu'il doit tenir conformément à la *Loi de l'impôt sur le revenu* et produire au cours d'une vérification. De plus, selon la Cour, on ne peut véritablement prétendre qu'un contribuable s'attende raisonnablement à ce qu'un vérificateur préserve la confidentialité d'un document qu'il a examiné ou exigé en vertu des articles 231.1 et 231.2 L.I.R. Par conséquent, rien n'empêche les vérificateurs de transmettre leurs dossiers, contenant des documents de vérification validement obtenus, aux enquêteurs. Ces derniers, dans l'exercice de leurs fonctions d'enquête, peuvent utiliser des éléments de preuve obtenus dans l'exercice régulier des fonctions de vérification des autorités fiscales. De plus, il n'existe pas de principe d'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée de renseignements validement contenus dans le dossier du vérificateur.

¹⁰ [1990] 1 R.C.S. 627.

Par contre, l'ensemble des droits garantis par la Charte entre en jeu pour protéger le contribuable lorsque le Rubicon est franchi et qu'un examen ou une question a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale de celui-ci. À partir de ce moment, le contribuable ne peut être contraint de faire une déclaration sous le régime de l'article 231.1 L.I.R. pour faire progresser l'enquête. De plus, ni le contribuable ni un tiers ne peuvent être contraints à produire des documents pour les besoins de l'enquête criminelle en vertu d'une demande péremptoire. En fait, dès que les protections prévues par la Charte trouvent application, aucun document ne peut être inspecté ni examiné sauf dans le cadre de l'exécution d'un mandat de perquisition obtenu en vertu de l'article 231.3 L.I.R. ou de l'article 487 C.cr., et ni le contribuable ni les tiers ne peuvent être contraints à fournir des documents aux fins de l'enquête criminelle.

Par ailleurs, le critère de l'objet prédominant n'empêche pas les autorités fiscales de mener de façon parallèle une enquête criminelle et une vérification civile. Toutefois, les enquêteurs ne peuvent pas utiliser les renseignements obtenus dans le cadre de la vérification à partir du moment où l'enquête pénale a débuté. Autrement dit, les pouvoirs de contrainte prévus par les articles 231.1 et 231.2 L.I.R. ne peuvent pas être utilisés pour obtenir des renseignements dans le but de faire progresser une enquête criminelle, à compter du moment où la décision claire de procéder à cette enquête a été prise ou à compter de celui où l'examen envisagé a pour objet prédominant la responsabilité pénale du contribuable.

Dans l'affaire *Jarvis*, tout en condamnant la conduite de la vérificatrice, la Cour suprême a déterminé que la vérificatrice n'a pas obtenu des renseignements au moyen des articles 231.1 et 231.2 L.I.R. dans le cadre d'un examen dont l'objet prédominant était d'établir la responsabilité pénale de M. Jarvis. En ce qui concerne la rencontre du 11 avril 1994, la Cour a conclu que la vérificatrice cherchait une confirmation de ses soupçons quant à la commission d'une fraude fiscale, mais le but qu'elle visait alors était de déterminer si le dossier devait faire l'objet d'un renvoi aux Enquêtes. Cette rencontre ne constituait donc pas une enquête sur la responsabilité pénale du contribuable.

En fait, selon la Cour suprême, l'enquête sur la responsabilité pénale de M. Jarvis a débuté le 4 mai 1994, au moment du renvoi du dossier aux Enquêtes.

Par conséquent, les perquisitions effectuées par l'ARC étaient valides et les éléments de preuve obtenus dans le cadre de celles-ci auraient dû être admis en preuve. Toutefois, les relevés bancaires obtenus grâce à des

demandes péremptoires après le début de l'enquête doivent être exclus de la preuve en vertu du paragraphe 24(2) de la Charte.

En conclusion, la Cour suprême a déterminé qu'il faut traiter différemment les vérifications de conformité et les enquêtes pour fraude fiscale. Bien qu'un contribuable soit tenu par la loi de coopérer avec les vérificateurs de l'ARC aux fins d'évaluation de son obligation fiscale, les garanties prévues par la Charte s'appliquent dès que l'on se trouve dans un contexte d'enquête criminelle, c'est-à-dire lorsqu'il existe une relation de nature contradictoire entre l'État et le contribuable.

1.2. L'ARRÊT LING

L'affaire *Ling* a été entendue par la Cour suprême en même temps que l'affaire *Jarvis* et la décision a été rendue par les mêmes juges, sur la base des mêmes principes.

1.2.1. Les faits

L'ARC avait sélectionné le dossier du contribuable pour vérification parce que celui-ci avait fait deux demandes de déduction pour les mêmes pertes agricoles, soit pour les années d'imposition 1987 à 1989 et pour les années d'imposition 1990 à 1993. Pourtant, la déduction lui avait été refusée la première fois au motif que ses activités agricoles ne constituaient pas une entreprise.

En novembre 1994, le contribuable a été informé que son dossier faisait l'objet d'une vérification.

Le 5 juin 1995, les vérificateurs ont rencontré le comptable du contribuable pour vérifier les registres de ce dernier. En examinant ceux-ci, ils ont constaté que les honoraires payés par le *Medical Service Plan* (le contribuable était médecin) étaient déposés directement dans ses comptes deux fois par mois. Il y avait dans les mêmes comptes d'autres dépôts dont les vérificateurs n'ont pu déterminer la source.

Le 7 juin 1995, les vérificateurs ont rencontré le contribuable à son bureau et celui-ci a produit deux livrets de reçus. En comparant les livrets de reçus avec les documents bancaires, les vérificateurs ont conclu que certains revenus du bureau du contribuable n'avaient pas été déclarés.

Le 20 novembre 1995, un vérificateur a téléphoné au contribuable pour organiser une rencontre le 18 décembre suivant. Il a également interrogé le

contribuable au sujet des dépôts de source inconnue qu'il se proposait d'inclure dans son revenu. Le contribuable a répondu qu'il s'agissait de prêts.

Au cours de la rencontre du 18 décembre 1995, les vérificateurs ont longuement interrogé le contribuable au sujet des dépôts de source inconnue et des revenus non déclarés, sans toutefois l'informer de leurs doutes quant à une fraude fiscale et des protections juridiques garanties par la Charte.

À la suite de cette rencontre et d'une autre tenue le 29 décembre 1995, les vérificateurs ont obtenu, avec le consentement du contribuable, certains documents de maisons de courtage et de banques.

Le dossier du contribuable a été envoyé aux Enquêtes le 18 janvier 1996. Les enquêteurs ont alors transmis des demandes péremptoires à quatre banques ainsi qu'au comptable du contribuable.

Les 26 et 27 février 1996, les enquêteurs ont interrogé deux témoins que les vérificateurs avaient déjà rencontrés.

Le 28 février 1996, les enquêteurs ont rencontré le contribuable à son bureau. Ils l'ont mis en garde, l'informant qu'il avait droit à l'assistance d'un avocat et qu'il n'était pas tenu de parler, mais que tout ce qu'il dirait pourrait être utilisé en preuve. Le contribuable a choisi de ne répondre à aucune question.

Le même jour, un rapport de poursuite a été préparé. Six chefs d'accusation relatifs à l'infraction prévue au paragraphe 239(1) L.I.R. ont été portés à l'endroit du contribuable le 26 août 1996.

Le juge du procès a conclu que la preuve recueillie par les vérificateurs n'avait pas été obtenue en contravention des droits que la Charte garantit au contribuable et a rejeté la requête en exclusion de la preuve fondée sur le paragraphe 24(2) de la Charte. Le contribuable a par la suite été déclaré coupable.

Le juge d'appel des poursuites sommaires n'a pas retenu la conclusion du juge du procès selon laquelle aucune enquête n'avait débuté, même après la rencontre du 18 décembre 1995, puisque le vérificateur estimait qu'il était prématuré de renvoyer le dossier aux Enquêtes tant que la vérification n'était pas terminée. Il a plutôt conclu que l'objet prédominant des actions des vérificateurs après la rencontre du 18 décembre 1995 était de recueillir des renseignements qui seraient utilisés dans l'enquête criminelle. Le juge

d'appel a donc annulé les condamnations et ordonné la tenue d'un nouveau procès dans le cadre duquel la recevabilité des éléments de preuve obtenus après la rencontre du 18 décembre 1995 devra être examinée au regard du paragraphe 24(2) de la Charte¹¹. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé cette décision¹².

1.2.2. La question en litige

La question en litige dans l'affaire *Ling* était de déterminer si le contribuable peut revendiquer l'immunité contre l'utilisation de ses déclarations forcées et contre l'utilisation de la preuve dérivée de son témoignage forcé.

1.2.3. L'analyse

Pour trancher cette question, il faut appliquer les principes énoncés dans l'arrêt *Jarvis* et déterminer à quel moment la relation contradictoire entre l'État et le contribuable s'est cristallisée.

Comme l'enseigne l'arrêt *Jarvis*, il est possible pour les autorités fiscales d'effectuer une vérification et une enquête en même temps. Toutefois, une utilisation des pouvoirs de contrainte propres à une vérification pour recueillir de nouveaux éléments de preuve aux fins d'une enquête constitue une violation des droits du contribuable garantis par la Charte.

Après étude du dossier, la Cour suprême en est venue aux conclusions suivantes :

- a) les autorités fiscales n'avaient pas de motifs raisonnables de porter des accusations avant le 18 décembre 1995;
- b) il ne semble pas que l'on aurait pu prendre la décision de procéder à une enquête criminelle avant la rencontre du 18 décembre 1995;
- c) la conduite des autorités fiscales, dans son ensemble, ne donnait pas à croire qu'elles avaient décidé de soumettre le contribuable à une enquête relativement à des infractions prévues à l'article 239 L.I.R.;

¹¹ [1999] 3 C.T.C. 386.

¹² (2000), 149 C.C.C. (3^d) 127, 2000 BCCA 562.

- d) les vérificateurs n'ont pas transféré leurs dossiers et leurs documents aux enquêteurs avant le 18 janvier 1996;
- e) la décision d'entreprendre une enquête criminelle n'a été prise qu'après le 18 décembre 1995;
- f) la conduite des vérificateurs ne permettait pas de conclure qu'ils agissaient en fait comme mandataires des enquêteurs;
- g) il ne semble pas que les enquêteurs aient eu l'intention d'utiliser les vérificateurs comme leurs mandataires pour recueillir des éléments de preuve.

En conclusion, jusqu'à la rencontre du 18 décembre 1995 inclusivement, la vérification a été effectuée régulièrement comme une vérification et non comme une enquête. Cependant, après cette rencontre, les fonctionnaires ont amorcé une enquête afin de déterminer la responsabilité pénale du contribuable. Ainsi, les renseignements recueillis le 29 décembre 1995 dans l'exercice des pouvoirs de contrainte l'ont été dans le cadre d'une enquête, en violation des droits que les articles 7 et 8 de la Charte garantissent au contribuable.

Par conséquent, la Cour a ordonné que tous les renseignements qui ont été obtenus après la rencontre du 18 décembre 1995 et avant que le contribuable ne soit informé de ses droits soient évalués au regard du paragraphe 24(2) de la Charte dans le cadre d'un nouveau procès.

En conclusion, bien que l'arrêt *Ling* ne semble être qu'un cas d'application de l'arrêt *Jarvis*, il apporte une précision importante sur les protections de la Charte qui sont violées lorsque les autorités fiscales ne respectent pas la délimitation entre vérification et enquête. En effet, l'arrêt *Jarvis* à lui seul pourrait laisser croire que seul l'article 7 de la Charte entre en jeu, notamment le principe selon lequel une personne ne peut être obligée de s'auto-incriminer. Or, dans l'arrêt *Ling*, la Cour suprême a établi que l'article 8 de la Charte, protégeant contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives, trouve également application dans de telles circonstances. Cela est d'une importance certaine pour les personnes morales puisque les tribunaux ont déterminé, de manière générale, que l'article 7 de la Charte ne s'applique pas à celles-ci.

1.3. L'ARRÊT LAROCHE

La situation factuelle de l'affaire *Laroche* est quelque peu différente de celles des arrêts *Jarvis* et *Ling*. En effet, il ne s'agit pas ici d'une vérification et d'une enquête menées par les autorités fiscales. La vérification relevait d'un organisme du gouvernement du Québec, la Société de l'assurance automobile du Québec (« SAAQ »), alors que l'enquête était effectuée par un corps policier à la suite du transfert de certains renseignements par un fonctionnaire de la SAAQ.

1.3.1. Les faits

L'accusé exploitait, par l'entremise d'une société par actions, une entreprise de réparation de véhicules gravement accidentés et de location d'immeubles industriels. Au cours d'une vérification, un employé de la SAAQ a constaté que cinq dossiers de reconstruction présentés par l'accusé comportaient des irrégularités graves. Convaincu que les certificats de conformité technique des véhicules avaient été obtenus illégalement, le fonctionnaire a remis les dossiers au service de police.

Après une enquête policière, les cinq véhicules en question ont été saisis dans le cadre de l'exécution de mandats délivrés en vertu de l'article 487 C.cr. Sur la foi d'expertises effectuées sur ces automobiles, le ministère public a porté des accusations de faux, d'usage de faux et de recel.

Au cours des mois qui ont suivi, l'enquête policière s'est étendue considérablement. Ainsi, les policiers ont obtenu plusieurs mandats de perquisition en vertu des articles 487 et 487.01 C.cr. En outre, le 18 février 2000, les forces policières ont saisi 154 dossiers de reconstruction impliquant l'accusé, ce qui leur a permis de mettre au jour 98 cas d'irrégularités graves.

Les enquêteurs de la police se sont également penchés sur les récentes acquisitions immobilières de l'accusé. Convaincus que ces transactions avaient été effectuées avec de l'argent provenant d'activités criminelles, les enquêteurs ont obtenu de la Cour du Québec une ordonnance de blocage et sept mandats spéciaux de saisie en vertu des articles 462.32 et 462.33 C.cr., visant à la fois des immeubles et des véhicules. Au cours de leur exécution, les policiers ont saisi, en outre, 24 véhicules qui n'étaient pas visés par les mandats et l'ordonnance.

L'accusé a alors présenté une requête en révision fondée sur l'article 462.34 C.cr. et sur le paragraphe 24(1) de la Charte. La Cour supérieure¹³ a accueilli la requête et a annulé en totalité l'ordonnance de blocage et les mandats spéciaux de saisie délivrés par la Cour du Québec, au motif que le fonctionnaire de la SAAQ ne pouvait pas remettre à la police les cinq dossiers frauduleux. En effet, selon le juge de la Cour supérieure, cette communication d'information était interdite par l'arrêt *La Reine c. Colarusso*¹⁴. De plus, les premiers mandats de perquisition auraient été émis malgré l'absence de motifs raisonnables et probables, alors que l'ordonnance de blocage aurait été obtenue sur la foi de renseignements incomplets et trompeurs. Le Procureur général du Québec s'est pourvu directement de cette décision à la Cour suprême du Canada, la législation ne prévoyant aucune possibilité d'appel devant un autre tribunal.

1.3.2. Les questions en litige

L'arrêt *Laroche* rendu par la Cour suprême du Canada est d'un intérêt limité pour les fiscalistes puisqu'il traite principalement de l'étendue du pouvoir de révision des mandats spéciaux et des ordonnances de blocage exercé par la Cour supérieure en vertu de l'article 462.34 C.cr.

Néanmoins, puisque la procédure de saisie et de blocage résulte d'une enquête administrative sur les dossiers de reconstruction de véhicules automobiles des intimés, certains principes qui y sont énoncés peuvent être retenus pour compléter les enseignements de la Cour suprême dans les arrêts *Jarvis* et *Ling*.

1.3.3. L'analyse

La Cour suprême a déterminé que le juge de la Cour supérieure a mal interprété l'affaire *Colarusso* en semblant y trouver une règle interdisant la communication, à la police ou à la Couronne, de renseignements recueillis au cours de vérifications administratives aux fins d'enquête criminelle.

Le fonctionnaire de la SAAQ vérifiait des dossiers de reconstruction de véhicules, soumis à l'origine par l'accusé pour obtenir des certificats de conformité technique en vertu de la législation et des règlements applicables. Les accusés devaient savoir que ces renseignements seraient nécessairement

¹³ [2001] J.Q. n° 7209 (QL).

¹⁴ [1994] 1 R.C.S. 20 (« *Colarusso* »).

examinés et vérifiés par la SAAQ et qu'ils n'avaient donc pas, à proprement parler, de caractère privé à l'égard de l'administration publique.

En effectuant et en amplifiant son enquête, le fonctionnaire ne faisait que remplir les devoirs associés à sa fonction. Par conséquent, la transmission de renseignements à la police pour ouvrir une enquête sur les irrégularités constatées se rattachait à l'exécution de ses fonctions.

Il est à noter que la juge en chef McLachlin et la juge Arbour étaient dissidentes en partie dans le cadre de cet arrêt, mais elles étaient en accord avec la majorité en ce qui concerne l'aspect de la décision qui nous intéresse. À cet égard, la juge en chef McLachlin a ajouté que la SAAQ avait le droit de communiquer à la police des renseignements obtenus en prenant connaissance de ses propres dossiers. Rappelant que l'article 504 C.cr. permet à un organisme comme la SAAQ de faire directement une dénonciation lorsqu'il réalise qu'un acte criminel a été commis, elle conclut que la SAAQ pouvait également communiquer des renseignements de base à la police pour lui permettre de pousser l'enquête plus loin. D'ailleurs, il est difficile de conclure à l'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard des renseignements de base communiqués aux forces policières par la SAAQ.

La Cour mentionne que les renseignements obtenus par le fonctionnaire de la SAAQ avaient été fournis par l'accusé en exécution d'obligations législatives et réglementaires. Celui-ci devait donc savoir que ces renseignements seraient examinés et vérifiés par la SAAQ. L'accusé n'avait aucune expectative de vie privée quant à ces documents. Ces renseignements constituaient une base raisonnable et probable pour l'obtention des mandats de perquisition et ces derniers ont été obtenus légalement par la police.

Bref, bien qu'il ne s'agisse pas d'une affaire fiscale, l'arrêt *Laroche* précise la portée des arrêts *Jarvis* et *Ling* en ce que la Cour suprême confirme qu'il n'existe aucune règle absolue interdisant la communication de renseignements recueillis régulièrement au cours de vérifications administratives. Ces renseignements peuvent, de manière générale, être communiqués à la police ou aux enquêteurs aux fins d'enquête criminelle. Toutefois, en matière fiscale, une nuance s'impose puisqu'il faut tenir compte des dispositions protégeant la confidentialité des renseignements contenus dans le dossier d'un contribuable¹⁵.

¹⁵ Voir notamment à cet égard l'article 241 L.I.R. et, au Québec, la *Loi sur l'administration fiscale*, L.R.Q., c. A-6.002 (« L.A.F. »), art. 69 et suiv.

2. LE SEUL AUTRE ARRÊT DE LA COUR SUPRÊME : L'AFFAIRE *LA REINE C. NOLET*¹⁶

À la suite de la trilogie de 2002, la Cour suprême n'a fait référence à l'arrêt *Jarvis* qu'à une seule reprise, dans l'affaire *Nolet*. Ce pourvoi porte sur les pouvoirs de la police en matière de fouilles accessoires à des interceptions de véhicules effectuées au hasard en vertu de la législation provinciale (*Highway Traffic Act*).

2.1. LES FAITS

Dans cette affaire, les deux accusés, qui circulaient en Saskatchewan à bord d'un camion semi-remorque vide immatriculé au Québec, ont été interceptés par un agent de la Gendarmerie royale du Canada (« GRC ») qui effectuait un contrôle routier aléatoire en vertu de la loi provinciale. En faisant son inspection, l'agent a constaté plusieurs contraventions à la réglementation provinciale en matière de transport. Il a donc décidé d'inspecter la cabine du camion dans le but de trouver des documents confirmant ou infirmant les inscriptions dans les journaux de bord. Il y a trouvé un sac semblant contenir des documents, mais qui contenait plutôt 115 000 \$ en petites coupures. Puisque, selon l'expérience de l'agent, la façon d'emballer l'argent liquide était caractéristique du trafic de stupéfiants, il a immédiatement mis les accusés en état d'arrestation pour possession de produits de la criminalité. Après une inspection plus poussée de la remorque, un compartiment caché renfermant 392 livres de marijuana a été découvert. D'autres documents susceptibles d'être reliés à des infractions à la législation provinciale ont aussi été trouvés dans le semi-remorque. La police n'a obtenu aucun mandat de perquisition dans cette affaire. Les appelants ont été inculpés de trafic de stupéfiants, de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic et de possession de produits de la criminalité.

Le juge de première instance a conclu à des violations de la Charte, a écarté les éléments de preuve et a acquitté les accusés¹⁷. La Cour d'appel de la Saskatchewan a infirmé cette décision¹⁸.

¹⁶ 2010 CSC 24, [2010] 1 R.C.S. 851 (« *Nolet* »).

¹⁷ 2006 SKQB 393.

¹⁸ 2009 SKCA 8.

2.2. L'ANALYSE

D'entrée de jeu, la Cour suprême a déterminé que le camionnage commercial est une activité réglementée sous tous ses aspects et que l'interception initiale effectuée en vertu de la législation provinciale ne violait pas l'article 9 de la Charte selon lequel chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires.

À la suite de l'interception, l'agent de la GRC a rapidement formé des motifs raisonnables de croire que les accusés utilisaient le camion en contravention de la législation provinciale, laquelle lui donnait alors le droit de fouiller sans mandat le véhicule afin de chercher des éléments de preuve relatifs à une infraction et de saisir tout ce qui pourrait constituer un élément de preuve de l'infraction. Par conséquent, selon la Cour, la poursuite de la détention des accusés n'était pas arbitraire et la fouille du semi-remorque était autorisée par la législation, ce qui ne constituait donc pas des mesures abusives.

Reconnaissant que les chauffeurs ont une certaine attente en matière de vie privée dans la cabine d'un semi-remorque, la Cour suprême a toutefois indiqué que cette attente est forcément peu élevée, puisque la cabine est également un lieu de travail qui est susceptible de faire fréquemment l'objet de contrôles routiers aléatoires.

Pour déterminer si l'agent de la GRC a abusé de ses pouvoirs, la Cour suprême a décidé d'examiner si la manière dont il les a exercés a porté atteinte aux droits garantis par la Charte. Ce faisant, la Cour suprême a rejeté le critère de l'« objet prédominant » qui avait été appliqué par la juge de première instance. Selon la Cour, si la Charte a été violée, il importait peu que la police eût plusieurs objectifs à l'esprit. Ainsi, un objectif légitime relevant de l'application de la réglementation, qu'il soit prédominant ou non, ne peut racheter ou légitimer une violation de la Charte.

En l'espèce, l'intérêt concomitant de l'agent de la GRC à l'égard des objets illicites – même dans l'hypothèse où celui-ci était « prédominant » – n'a pas rendu la fouille effectuée en vertu de la législation provinciale illégale ou abusive au regard de l'article 8 de la Charte. La juge de première instance a trouvé crédible le témoignage de l'agent selon lequel des documents pertinents étaient souvent rassemblés dans un sac semblable à celui dont il était question dans cette affaire. De plus, après avoir découvert le sac, l'agent ne l'a pas ouvert immédiatement. Il a plutôt fait une évaluation préliminaire de la possibilité qu'il soit pertinent à la fouille fondée sur l'application de la réglementation. En exerçant une pression sur le

sac de toile, l'agent a senti et entendu qu'il y avait des articles en papier à l'intérieur. Dans ces circonstances, l'ouverture du sac par l'agent n'était pas abusive.

Selon la Cour suprême, les accusés ont invoqué à tort l'arrêt *Jarvis* au soutien de leur position. À son avis, les faits en l'espèce sont totalement différents puisqu'il ne s'agit pas de « franchir le Rubicon » séparant un litige civil et une enquête pénale. Dans la présente affaire, le contexte a toujours été pénal et les protections garanties par la Charte trouvaient application dès le départ. L'argument du changement de perspective avancé par les accusés n'était donc pas pertinent.

La Cour suprême a également jugé que l'arrestation des accusés pour possession de produits de la criminalité était légitime et que la saisie des 392 livres de marijuana ne portait pas atteinte à la Charte.

Enfin, la fouille « à des fins d'inventaire » de la cabine effectuée le lendemain par la GRC ne satisfaisait pas aux exigences de la fouille sans mandat et constituait donc une violation de l'article 8 de la Charte. Toutefois, les éléments de preuve recueillis lors de cette fouille ont été admis en vertu du paragraphe 24(2) de la Charte au vu des critères élaborés dans l'arrêt *La Reine c. Grant*¹⁹.

En conclusion, la Cour suprême a décidé dans l'arrêt *Nolet* que les principes énoncés dans l'arrêt *Jarvis* ne trouvent application que lorsque l'objet prédominant d'un examen change pour devenir celui d'établir la responsabilité pénale d'une personne. Un accusé ne peut donc pas les invoquer dans un contexte purement pénal ou criminel.

2.3. L'ARRÊT LA REINE V. MISSION WESTERN DEVELOPMENTS LTD.²⁰

La distinction avec l'arrêt *Jarvis* établie dans l'arrêt *Nolet* a également été soulevée dans une décision de 2012 de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique refusant une permission d'appeler, mais dans un contexte tout à fait différent.

¹⁹ [2009] 2 R.C.S. 353.

²⁰ 2012 BCCA 167.

Dans cette affaire, un individu et une société étaient accusés d'avoir entraîné la détérioration de l'habitat du poisson, en violation du paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches*²¹, une loi fédérale.

Deux fonctionnaires du ministère des Pêches et des Océans avaient décidé d'inspecter un site se trouvant sur un terrain privé après avoir constaté que la végétation de la crique semblait moins dense qu'à l'habitude. Ils y ont alors découvert un opérateur de machinerie lourde à l'œuvre, lequel a affirmé que le propriétaire du terrain l'avait engagé pour faire du nettoyage. Les fonctionnaires ont alors ordonné à l'opérateur de cesser toute manœuvre. Ils ont pris des photos et ont fait des observations relativement à l'impact potentiel des travaux sur l'habitat du poisson.

Le pouvoir des fonctionnaires du ministère des Pêches et des Océans d'effectuer des inspections est fondé sur le paragraphe 49(1) de la *Loi sur les pêches*²². En tenant compte de l'arrêt *Nolet* ainsi que de l'arrêt *La Reine v. Wilcox*²³ rendu par la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, la question qui se posait était celle de savoir si les actions des fonctionnaires peuvent constituer une fouille abusive.

La juge Bennett a déterminé que, tout comme l'inspection dans l'affaire *Nolet*, les actions des fonctionnaires se sont toujours inscrites dans un contexte « pénal » ou « contradictoire ». Ainsi, le juge de première instance a erré en droit en appliquant le test de l'« objet prédominant » en l'espèce.

Puisque cette question avait déjà été tranchée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Nolet*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a refusé d'entendre cet appel.

En bref, cet arrêt réitère que les principes de l'arrêt *Jarvis* ne peuvent pas être invoqués lorsque les actions des représentants de l'autorité publique se sont toujours inscrites dans un cadre pénal ou criminel. À cet égard, l'analyse de la législation prévoyant les pouvoirs de vérification, d'inspection ou d'enquête est assurément pertinente.

²¹ L.R.C. 1985, ch. F-14.

²² *Id.*

²³ 152 C.C.C. (3^d) 157.

3. L'EXPANSION DU CHAMP D'APPLICATION DE L'ARRÊT *JARVIS* : L'AFFAIRE *KLIGMAN C. MRN*²⁴

Les recours exercés par les accusés dans les affaires *Jarvis* et *Ling* peuvent être qualifiés de « curatifs » puisque les éléments de preuve étaient déjà entre les mains des autorités fiscales et que les accusés tentaient de les faire déclarer inadmissibles. Or, la question s'est rapidement posée de savoir si les principes développés par la Cour suprême dans la trilogie *Jarvis*, *Ling* et *Laroche* pouvaient être utilisés pour contester de manière préventive l'exercice inapproprié de pouvoirs de vérification par les autorités fiscales.

L'arrêt *Kligman*, rendu en 2004 par la Cour d'appel fédérale, analyse cette question. Il s'agit d'un litige portant sur l'étendue des pouvoirs des autorités fiscales de procéder à un examen des affaires de trois sociétés et sur la détermination du moment où l'objet prédominant de l'examen est devenu une enquête.

3.1. LES FAITS

Le 12 janvier 2001, les Enquêtes ont envoyé des demandes péremptoires, en vertu de l'article 231.2 L.I.R., à deux particuliers et trois sociétés, exigeant la production de renseignements au sujet de dons qui avaient été faits à quatre organismes de bienfaisance entre 1994 et 1998.

Au moment de la transmission des demandes péremptoires, deux des organismes de bienfaisance avaient fait l'objet d'une enquête relativement à l'émission de faux reçus à des fins fiscales. Le premier, Construit Toujours avec Bonté, avait plaidé coupable à une accusation de fraude fiscale. Le second, le Collège rabbinique de Montréal, n'avait pas été accusé et aucune accusation n'allait être portée à l'endroit de cet organisme. Les contribuables visés par les demandes péremptoires avaient déduit certains montants à l'égard de dons effectués au Collège rabbinique de Montréal, mais non à l'égard des dons effectués à Construit Toujours avec Bonté.

Les deux particuliers et les trois sociétés ont contesté les demandes péremptoires envoyées par les Enquêtes par voie de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale.

La Cour fédérale, en se fondant sur les arrêts *Jarvis* et *Ling*, a établi que les demandes péremptoires transmises en vertu de l'article 231.2 L.I.R. ne

²⁴ 2004 CAF 152, [2004] 4 R.C.F. 477 (« *Kligman* »).

portaient pas atteinte aux droits des sociétés protégés par les articles 7 et 8 de la Charte²⁵. Toutefois, le juge de la Cour fédérale a tranché en faveur des deux particuliers, en se fondant sur l'article 7 de la Charte.

Selon le juge, la preuve permettait de conclure qu'il y avait « dès le départ » une enquête dans le cadre de laquelle les autorités fiscales cherchaient à imposer des sanctions pénales. Ainsi, les droits garantis aux deux particuliers par l'article 7 de la Charte auraient été en péril si les demandes péremptoires étaient maintenues. En ce qui concerne les sociétés, le juge de la Cour fédérale a conclu que l'article 7 de la Charte ne s'appliquait pas à elles. En outre, leur expectative de vie privée en ce qui concerne les registres qu'elles devraient tenir en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* était faible et le droit des personnes morales à la vie privée est notablement restreint par comparaison à celui des particuliers.

Par conséquent, en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte, le juge a annulé les demandes péremptoires transmises aux deux particuliers uniquement. Les trois sociétés ont interjeté appel devant la Cour d'appel fédérale.

3.2. L'ANALYSE

Le juge Létourneau, avec l'assentiment du juge Nadon, a d'abord rejeté l'argument du ministre du Revenu national selon lequel les sociétés devaient d'abord se conformer aux demandes péremptoires puis, comme cela avait été le cas dans l'affaire *Jarvis*, s'opposer à l'admissibilité en preuve des renseignements ainsi obtenus dans le cadre d'un procès éventuel. Il a rappelé que, dans l'affaire *Jarvis*, la demande d'exclusion de la preuve en vertu du paragraphe 24(2) de la Charte était la seule possibilité qui s'offrait au contribuable puisque les documents avaient déjà été obtenus par les autorités fiscales. Or, selon le juge Létourneau, accepter la position du ministre reviendrait à amoindrir considérablement la protection fournie aux contribuables par la Charte.

En outre, le juge Létourneau a soulevé le point que la Cour suprême n'avait pas fait de distinction entre une société et un particulier lorsqu'elle a affirmé, dans l'arrêt *Jarvis*, que l'article 231.2 L.I.R. ne peut pas être invoqué pour les besoins d'une enquête criminelle.

²⁵ 2003 CFPI 52, [2003] 3 C.F. 569.

Selon la majorité de la Cour d'appel fédérale, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant que les sociétés faisaient l'objet d'une enquête criminelle. L'enquêteur de l'ARC avait d'ailleurs fait une admission en ce sens dans le cadre de son interrogatoire préalable. La preuve révélait qu'une décision claire avait été prise de procéder à une enquête criminelle sur plusieurs organismes de charité, notamment le Collège rabbinique de Montréal auquel les sociétés avaient consenti des dons importants. L'enquête visant les sociétés était purement une extension de l'enquête visant le Collège rabbinique de Montréal, laquelle n'avait toutefois pas mené au dépôt d'accusations.

La Cour d'appel fédérale a donc conclu que l'enquêteur soupçonnait qu'un crime avait été commis, mais qu'en l'absence d'une preuve suffisante lui permettant de demander un mandat de perquisition, il avait eu recours aux pouvoirs de contrainte prévus à l'article 231.2 L.I.R. Il convient toutefois de noter que les faits dans cette affaire sont survenus avant que l'arrêt Jarvis ait été rendu et que, à cette époque, la ligne de démarcation entre le recours aux pouvoirs de contrainte et le recours aux pouvoirs de perquisition était floue.

Le juge Létourneau a également rejeté l'argument du ministre du Revenu national tentant d'atténuer l'effet défavorable de l'aveu de l'enquêteur, à savoir que son objectif était d'enquêter sur une fraude fiscale et non d'établir des cotisations. En se fondant sur la décision américaine *United States v. LaSalle Nat'l Bank*²⁶, le ministre avait soutenu qu'il s'agissait simplement d'une opinion personnelle de l'enquêteur. La Cour n'a pas souscrit à cet avis en raison notamment des responsabilités de l'enquêteur au sein de l'ARC à titre de membre des Enquêtes.

Dans les circonstances, la majorité de la Cour d'appel fédérale a jugé qu'il était inutile d'effectuer un examen de la liste non exhaustive, dressée par la Cour suprême dans l'arrêt *Jarvis*, des facteurs dont il faut tenir compte pour décider si la relation entre l'État et un contribuable est devenue contradictoire. En effet, en l'espèce, une décision avait clairement été prise de mener une enquête pénale à l'endroit des sociétés et le dossier se trouvait entre les mains d'un enquêteur de l'ARC. Le juge Létourneau a tout de même effectué cet exercice, ce qui a confirmé la conclusion selon laquelle il s'agissait d'une enquête criminelle.

²⁶ 437 U.S. 298.

Au sujet du facteur a), soit les motifs raisonnables pour porter des accusations et la décision de mener une enquête, la Cour a indiqué qu'une enquête criminelle ne change pas de nature pour la seule raison que, au final, les autorités fiscales n'ont pas de motifs raisonnables de porter des accusations ou parce qu'aucune accusation n'est portée. Il est possible qu'une enquête ne soit pas concluante en ce qui concerne la perpétration d'une infraction ou que, même si elle est concluante sur ce point, les contrevenants n'aient pas encore été identifiés. Or, une enquête criminelle vise justement à permettre de décider si un crime a été commis et par qui il l'a été, afin que des accusations puissent être portées.

Le fait que les autorités en soient venues à un stade de leur enquête où elles ont des motifs raisonnables leur permettant de porter des accusations n'est pas en soi suffisant pour conclure que le seuil a été franchi et que l'examen est devenu une enquête criminelle. Toutefois, il s'agit d'un facteur important dont il faut tenir compte pour qualifier la relation subséquente entre les parties. Dans la plupart des cas, si l'on croit raisonnablement à la présence de tous les éléments d'une infraction, il est probable que le processus d'enquête sera enclenché. C'est sans doute le cas lorsque la situation est parvenue à un stade où des accusations peuvent être portées. Habituellement, l'enquête criminelle est terminée puisque le dépôt d'accusations est le résultat de l'enquête.

Par ailleurs, le fait qu'il n'y ait pas encore de motifs raisonnables de porter des accusations ne signifie pas pour autant que l'enquête en cours n'est pas une enquête criminelle, parce que l'enquête criminelle a pour objet de mener à un point où les autorités ont des motifs raisonnables leur permettant de porter des accusations.

En ce qui concerne la décision qu'auraient pu prendre les autorités fiscales de procéder à une enquête, la Cour d'appel fédérale a établi que la formulation de ce critère par la Cour suprême dans l'arrêt *Jarvis* indique qu'il peut s'agir d'une simple possibilité par opposition à une probabilité.

Pour ce qui est du facteur f) de l'arrêt *Jarvis* (la pertinence de l'information recherchée), même si la preuve recherchée vise à établir la responsabilité pénale du contribuable, cette preuve continuera en général à être pertinente lorsqu'il s'agira d'établir l'obligation fiscale du contribuable et les pénalités civiles y afférentes. Ainsi, il se peut que la preuve obtenue dans le contexte d'une enquête criminelle concernant un contribuable n'établisse pas la perpétration d'un crime hors de tout doute raisonnable, mais qu'elle révèle néanmoins des irrégularités en ce qui concerne la façon dont le contribuable observe la législation fiscale, ce qui peut avoir une

influence sur la responsabilité fiscale de celui-ci. Il est donc difficile, voire impossible, de dire que la preuve est ou sera pertinente uniquement quant à la responsabilité pénale du contribuable, même si c'était la principale raison pour laquelle cette preuve était recherchée et obtenue, et même si la responsabilité pénale du contribuable était l'objet prédominant de l'enquête.

En conclusion, l'arrêt *Kligman* de la Cour d'appel fédérale a confirmé que les principes énoncés par la Cour suprême dans l'arrêt *Jarvis* peuvent être utilisés non seulement pour obtenir l'exclusion d'éléments de preuve, mais également pour prévenir la violation de droits protégés par la Charte par les autorités fiscales.

4. LE RECOURS À L'ARRÊT JARVIS DANS UN APPEL CIVIL

Tous les arrêts traités jusqu'à présent se concentraient sur les litiges de nature pénale entre l'État et les contribuables. Toutefois, les tribunaux ont également eu à interpréter les critères de l'arrêt *Jarvis* dans le cadre d'appels concernant des cotisations fiscales. À cet égard, nous étudierons les deux arrêts rendus par la Cour d'appel fédérale dans les affaires *La Reine c. Dwyer*²⁷ et *La Reine c. Bining*²⁸.

4.1. L'ARRÊT DWYER

Dans l'affaire *Dwyer*, la Cour d'appel fédérale a déterminé si les autorités fiscales peuvent utiliser, dans le cadre de l'appel d'une cotisation fiscale, des éléments de preuve obtenus en violation des droits protégés par la Charte.

4.1.1. Les faits

Dans cette affaire, le contribuable consentait des prêts hypothécaires à des particuliers. Les autorités fiscales ont commencé à s'intéresser à lui lorsqu'elles ont reçu un appel anonyme de l'un de ses clients les informant que le contribuable ne déclarait pas les intérêts sur ces prêts hypothécaires. Le dossier a été confié à un fonctionnaire affecté aux Enquêtes. L'enquêteur a d'abord examiné les déclarations de revenus du contribuable pour les années d'imposition 1989 et 1990, puis a effectué des recherches au bureau d'enregistrement foncier. Puisqu'il y avait des éléments de preuve montrant

²⁷ 110 C.R.R. (2^d) 114, 2003 CAF 322 (« *Dwyer* »).

²⁸ 2003 CAF 286, 57 D.T.C. 5503 (« *Bining* »).

que le contribuable possédait des hypothèques immobilières et qu'il n'avait pas déclaré d'intérêts provenant de prêts hypothécaires, l'enquêteur a envoyé une demande péremptoire, en vertu de l'article 231.2 L.I.R., à l'une des institutions financières du contribuable.

À la lumière des documents obtenus de l'institution financière et à la suite d'une rencontre avec un ancien client du contribuable, l'enquêteur a entrepris d'obtenir des mandats de perquisition visant le domicile du contribuable, les bureaux de ses avocats ainsi que le tribunal où des dossiers étaient conservés relativement à un procès contre son ancien client.

Les mandats ont été exécutés le 31 mars 1992. Les perquisitions se sont déroulées sans incident, le contribuable ayant offert sa pleine collaboration. Ce dernier a d'ailleurs renoncé à soulever le privilège du secret professionnel à l'égard des documents se trouvant dans les bureaux de ses avocats.

Le 14 avril 1992, l'enquêteur et son supérieur immédiat ont interrogé le contribuable et sa conjointe. À cette occasion, ceux-ci ont été informés de leurs droits et du fait qu'ils faisaient l'objet d'une enquête. Ils ont alors indiqué qu'ils ne souhaitaient pas avoir recours à l'assistance d'un avocat.

Par la suite, de nombreuses demandes péremptoires ont été transmises par l'enquêteur en vertu de l'article 231.2 L.I.R., à une institution financière où M. Dwyer était client ainsi qu'à des avocats ayant représenté des emprunteurs hypothécaires ayant fait affaire avec le contribuable.

Le 25 mars 1993, de nouvelles cotisations ont été établies à l'endroit du contribuable pour les années d'imposition 1987 à 1990. Les nouvelles cotisations ajoutaient au revenu du contribuable des intérêts provenant de prêts hypothécaires domiciliaires et imposaient des pénalités pour son défaut de les déclarer.

Le lendemain, l'enquêteur a déposé une dénonciation criminelle accusant le contribuable de s'être soustrait délibérément à l'impôt et d'avoir fait de fausses affirmations dans ses déclarations de revenus pour les années 1989 et 1990. Près de trois ans plus tard, le contribuable a été acquitté de l'ensemble des accusations.

De plus, le contribuable a interjeté appel à l'encontre des nouvelles cotisations devant la Cour canadienne de l'impôt, mais cet appel a été rejeté²⁹. Le contribuable s'est donc pourvu devant la Cour d'appel fédérale.

4.1.2. L'analyse

Les motifs rédigés par le juge Nadon au nom de la Cour d'appel fédérale traitent de plusieurs questions, mais seules deux questions sont pertinentes aux fins du présent texte.

D'abord, le contribuable avançait que le recours aux demandes péremptoires après l'exécution des mandats de perquisition constituait un abus de procédure. La Cour d'appel fédérale n'a pas retenu cet argument, rappelant qu'il ne s'agissait pas d'une cause criminelle et que la Cour suprême avait décidé dans l'arrêt *Jarvis* que les autorités fiscales pouvaient mener en même temps une vérification civile et une enquête pénale à l'égard d'un contribuable.

Dans un deuxième temps, le contribuable prétendait que le juge de la Cour canadienne de l'impôt avait commis une erreur en concluant qu'il n'y avait pas eu violation des articles 7 et 8 de la Charte dans la manière dont les éléments de preuve au soutien des nouvelles cotisations avaient été obtenus ou, subsidiairement, que ces éléments de preuve auraient dû être exclus en vertu du paragraphe 24(2) de la Charte.

En ce qui concerne la première demande péremptoire transmise à l'institution financière, la Cour d'appel fédérale a déterminé que la relation contradictoire entre l'État et le particulier n'avait pas pris naissance à ce moment et que l'objet prédominant ne pouvait donc pas être l'établissement d'une responsabilité pénale.

Pour ce qui est des mandats de perquisition, la Cour d'appel fédérale n'a trouvé aucun motif permettant de conclure que le mandat visant le domicile du contribuable violait la Charte. Toutefois, en raison des circonstances dans lesquelles le contribuable avait renoncé à la protection du secret professionnel, la Cour a présumé que le contribuable n'y avait pas renoncé de manière valable et que, par conséquent, les perquisitions menées dans les bureaux de ses avocats étaient abusives.

²⁹ Jugement du 10 juillet 2001. Voir le site de la Cour canadienne de l'impôt (en ligne : <http://decision.tcc-cci.gc.ca/fr/index.html>).

La Cour d'appel fédérale se devait donc d'examiner l'exclusion des éléments de preuve ainsi obtenus à la lumière du paragraphe 24(2) de la Charte. Elle a déterminé que le juge de première instance n'avait pas commis d'erreur pouvant justifier une intervention. D'abord, les éléments de preuve n'ont pas mobilisé le contribuable contre lui-même et, par conséquent, ne rendaient pas le procès inéquitable. Dans un deuxième temps, l'atteinte à la Charte n'était pas d'une gravité importante puisqu'elle avait été commise de bonne foi et qu'elle n'était ni délibérée ni volontaire. Enfin, l'exclusion des éléments de preuve aurait pu priver le ministre du Revenu national de la preuve requise pour donner effet à d'importantes obligations fiscales.

Enfin, la Cour d'appel fédérale a conclu que les droits fondamentaux du contribuable avaient été transgressés lorsque des demandes péremptoires ont été transmises à la suite de l'exécution des mandats de perquisition. En effet, à compter de la date des perquisitions, il ne faisait aucun doute que l'objet prédominant de l'enquête était l'établissement de la responsabilité pénale du contribuable. Le fait que la preuve soit utilisée dans un procès civil, par opposition à un procès criminel, ne fait pas obstacle à une telle conclusion. Cependant, pour les mêmes motifs que ceux exposés ci-dessus, l'utilisation de ces éléments de preuve n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

L'appel du contribuable a donc été rejeté.

4.2. L'ARRÊT BINING

4.2.1. Les faits

Dans le cadre d'une vérification des affaires du contribuable, un certain nombre de dépôts dans des comptes appartenant à ce dernier ont été relevés. Les autorités fiscales étaient dans l'incapacité de lier ces dépôts à une source de revenus déclarée. Des demandes péremptoires lui ont donc été transmises en vertu de l'article 231.2 L.I.R. et de l'article 289 de la *Loi sur la taxe d'accise*³⁰, dans le but d'éliminer des sources non imposables comme explications possibles des dépôts.

Le contribuable a contesté la validité des demandes péremptoires dans le cadre d'un recours en révision judiciaire devant la Cour fédérale. En outre, le contribuable avait présenté une requête demandant que le délai de 30 jours imparti pour répondre aux demandes péremptoires soit suspendu jusqu'à ce

³⁰ L.R.C. 1985, ch. E-15.

que la Cour fédérale ait statué sur leur validité. Cette requête a été rejetée³¹, d'où l'appel à la Cour d'appel fédérale.

4.2.2. L'analyse

Le juge Noël, siégeant seul sur l'appel concernant la requête en sursis, a jugé plausible que l'élimination des sources non imposables par la voie d'admissions forcées mettrait au jour des renseignements qui pourraient être utilisés dans une poursuite criminelle. Il faut ajouter que le ministre du Revenu national était en mesure d'établir une cotisation sur la base des dépôts bancaires pour lesquels aucune explication n'avait été fournie. On peut donc soutenir que les demandes péremptoires avaient pour but principal la cueillette de renseignements incriminants plutôt que l'établissement de la responsabilité fiscale du contribuable.

Puisqu'un préjudice irréparable serait causé au contribuable si un sursis n'était pas accordé et que la prépondérance des inconvénients favorisait également le contribuable, un sursis a été octroyé relativement aux demandes péremptoires transmises au contribuable. Il est à noter que la Cour d'appel fédérale ne semble pas s'être prononcée sur le fond du litige.

En conclusion, la portée des enseignements de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Jarvis* ne se limite pas aux affaires de nature pénale. Ainsi, un contribuable peut avoir recours aux principes de l'arrêt *Jarvis* dans le cadre d'un appel d'une cotisation fiscale établie à son endroit. Toutefois, l'exclusion des éléments de preuve obtenus en violation de la Charte doit être accordée en fonction du paragraphe 24(2) de la Charte, c'est-à-dire que le contribuable doit démontrer que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

5. L'IMPLICATION DES ENQUÊTES COMME FACTEUR DÉTERMINANT

La Cour suprême a indiqué dans l'arrêt *Jarvis* qu'aucun des facteurs qui y sont énumérés n'est décisif en soi. Toutefois, la jurisprudence subséquente laisse croire que l'implication des Enquêtes semble particulièrement déterminante et que la décision d'un vérificateur de transférer un dossier à un enquêteur retient assurément l'attention des tribunaux. Nous étudierons d'abord l'arrêt *La Reine v. Bjellebo*³² rendu par la Cour d'appel de l'Ontario

³¹ 2003 CFPI 689.

³² 57 D.T.C. 5659 (« *Bjellebo* »); jugement du 14 octobre 2003.

puis l'affaire *La Reine v. Dial Drug Stores Ltd.*³³ entendue en appel par la Cour supérieure de justice de l'Ontario.

5.1. L'ARRÊT *BJELLEBO*

5.1.1. Les faits

La Section de l'évitement fiscal de l'ARC avait commencé en 1986 un examen des pertes d'entreprise réclamées par certains investisseurs qui étaient liés à des sociétés de personnes. Il s'agissait d'une fraude complexe concernant environ 600 investisseurs, dans le cadre de laquelle de fausses pertes à la hauteur de 118 000 000 \$ ont été réclamées. Les Enquêtes ont commencé à être impliquées dans le dossier à compter de mai 1987. Entre juin 1987 et juin 1989, ces deux unités de l'ARC ont mené une enquête conjointe en partageant l'information obtenue et en collaborant pour établir une stratégie. L'implication des Enquêtes n'avait pas été dévoilée aux accusés et des mesures avaient été mises en place afin d'éviter de divulguer la participation des Enquêtes jusqu'à l'exécution des mandats de perquisition obtenus en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en juin 1989.

La juge du procès a fixé à janvier 1988 le moment où les accusés ont commencé à bénéficier de la protection de la Charte. Selon la juge, c'est à ce moment que les autorités fiscales possédaient des motifs raisonnables et probables pour déposer des accusations. Il est à noter que ce jugement a été rendu avant que les arrêts *Jarvis* et *Ling* aient été rendus par la Cour suprême du Canada.

La juge du procès a donc déterminé qu'il y avait eu des violations aux articles 7 et 8 de la Charte, mais que les éléments de preuve ainsi obtenus étaient admissibles en vertu du paragraphe 24(2) de la Charte.

En première instance, les deux accusés avaient été déclarés coupables de deux chefs de fraude et de deux chefs d'utilisation de faux documents. L'appel devant la Cour d'appel de l'Ontario portait à la fois sur la condamnation et sur la peine.

5.1.2. L'analyse

La Cour d'appel de l'Ontario a jugé que l'implication des Enquêtes est clairement un facteur important pour déterminer quand les droits protégés

³³ [2003] CanLII 23014, [2003] 3 C.T.C. 207 (« *Dial Drug Stores Ltd.* »).

par la Charte prennent effet, puisque le rôle de ce service est de mener des enquêtes pénales. Toutefois, les droits protégés par la Charte ne s'appliquent pas automatiquement du fait que les Enquêtes sont impliquées dans un dossier. En effet, dans l'arrêt *Jarvis*, la Cour suprême du Canada a indiqué qu'il n'existe pas une formule claire pour déterminer quand le Rubicon est franchi et qu'il faut examiner tous les facteurs pertinents à la nature de l'examen en cause.

Dans l'affaire *Bjellebo*, la Cour d'appel de l'Ontario a refusé de reconsidérer la conclusion de la juge de première instance selon laquelle il ne s'agissait pas d'une enquête pénale. D'ailleurs, même si cela avait été le cas, la Cour d'appel de l'Ontario n'a pas été convaincue que les éléments de preuve auraient dû être exclus en vertu du paragraphe 24(2) de la Charte puisqu'ils auraient été inévitablement découverts par les autorités fiscales.

5.2. L'AFFAIRE *DIAL DRUG STORES LTD.*

5.2.1. Les faits

L'origine de cette affaire remonte à 1991 alors qu'un enquêteur de l'ARC effectuait une enquête sur des pharmacies qui auraient omis de déclarer des revenus provenant d'ordonnances payées en argent comptant. Dans le cadre de cette enquête, l'enquêteur a découvert que des fabricants de médicaments génériques émettaient des chèques aux enfants des pharmaciens et qu'ils leur offraient des voyages et de l'équipement électronique.

En tentant d'obtenir des documents provenant des fabricants, l'enquêteur a découvert que les pharmaciens faisaient l'objet d'une vérification. Il a alors demandé aux vérificateurs d'obtenir des documents concernant les rabais versés aux pharmaciens et s'est même présenté aux établissements des fabricants pour obtenir lui-même certains documents.

L'enquêteur a également rencontré le vérificateur responsable du dossier des deux pharmaciens. Le vérificateur a reçu de l'enquêteur des documents au sujet de ces contribuables. Il a également rencontré des agents de la GRC au sujet d'enquêtes parallèles visant des pharmacies.

Le vérificateur a par la suite effectué une vérification au bureau des comptables des contribuables. Le motif invoqué par le vérificateur pour procéder à cette vérification était qu'il avait trouvé un article de journal portant sur la vente de sept pharmacies appartenant aux contribuables et qu'il souhaitait poursuivre une vérification antérieure au sujet de certains comptes

de la société. Le vérificateur a cependant reconnu par la suite qu'il était uniquement intéressé à déterminer si les rabais versés par les fabricants avaient été déclarés. Il a également obtenu des renseignements pouvant être utiles pour obtenir un mandat de perquisition.

Le vérificateur a recommandé le transfert du dossier des contribuables aux Enquêtes. Des mandats de perquisition ont été obtenus par l'ARC grâce aux renseignements obtenus par l'enquêteur et par le vérificateur. À la suite de ces perquisitions, un deuxième enquêteur a envoyé une demande de renseignements à une banque afin d'obtenir certains relevés bancaires qui n'avaient pas été saisis dans le cadre de l'exécution des mandats de perquisition.

La société ainsi que son unique actionnaire et administrateur ont fait face à des accusations portées en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Plus précisément, il était reproché aux accusés d'avoir omis de déclarer des revenus importants provenant de deux fabricants de médicaments génériques.

Le juge de première instance a déterminé que, depuis le début, la question des rabais versés aux pharmaciens faisait l'objet d'une enquête et que les pouvoirs de vérification prévus par la *Loi de l'impôt sur le revenu* ont été utilisés afin de faire progresser cette enquête.

De plus, le juge en est venu à la conclusion que le vérificateur agissait en fonction des directives de l'enquêteur, qu'il a aidé l'enquêteur à obtenir des renseignements dont il avait besoin pour poursuivre son enquête, qu'il a menti pour obtenir un accès à la documentation et que, par suite du renvoi aux Enquêtes, il a continué à recueillir de l'information comme mandataire des Enquêtes pour étoffer ce qui allait clairement devenir une poursuite pour évasion fiscale.

Le juge de première instance indique dans son jugement que si l'ensemble de la preuve avait été admissible, il y aurait peu de doute quant à la culpabilité des contribuables relativement aux accusations d'évasion fiscale. L'implication dès le départ des Enquêtes indique qu'il s'agissait, à son avis, d'une affaire pénale, en se basant notamment sur leur manuel. Dans ce contexte, les protections prévues par la Charte trouvaient application.

Or, l'article 8 de la Charte a été violé lorsque le vérificateur a utilisé ses pouvoirs de vérification afin d'obtenir des renseignements à titre de mandataire de l'enquêteur qui souhaitait faire progresser son enquête.

De plus, les mandats de perquisition ont été obtenus en grande partie grâce à ces renseignements obtenus en violation de la Charte et ont par conséquent été contaminés. Le juge de première instance aurait exclu la preuve recueillie dans le cadre de l'exécution de ces mandats puisque son obtention résultait, selon lui, de la mauvaise foi des autorités fiscales.

En outre, le juge a déterminé que la vérification effectuée par le vérificateur constituait une « détention » et qu'elle avait été effectuée en violation du droit de garder le silence et du droit à l'avocat (art. 7 et al. 10b) de la Charte).

De plus, selon le juge, le transfert du dossier aux Enquêtes était une mascarade visant à créer l'illusion d'une démarcation avec la vérification. D'ailleurs, à la suite du transfert, le vérificateur a continué d'utiliser ses pouvoirs de vérification afin de transmettre de l'information aux Enquêtes.

Le juge de première instance a conclu que l'enquête a été conduite sans aucune considération pour les droits des contribuables protégés par la Charte. Pour cette raison, il a ordonné l'arrêt des procédures intentées à l'encontre des contribuables.

5.2.2. L'analyse

La Couronne a interjeté appel de cette décision devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario. Contrairement au juge de première instance, le juge de la Cour supérieure a pu bénéficier des enseignements de la Cour suprême du Canada contenus dans l'arrêt *Jarvis*. Ainsi, la question centrale consistait à déterminer à partir de quel moment les droits protégés par la Charte trouvaient application.

À cet égard, le juge de la Cour supérieure a soulevé que l'arrêt *La Reine v. Melnychuk*³⁴ de la Cour d'appel de la Saskatchewan, qui était antérieur à l'arrêt *Jarvis*, semblait suggérer que l'obtention de motifs raisonnables pour porter des accusations ou obtenir un mandat de perquisition était le facteur qui déclenchait la protection prévue par la Charte. Toutefois, l'arrêt *Jarvis* indique clairement qu'il ne s'agit là que d'un facteur à prendre en considération parmi d'autres et qu'il n'est pas en soi déterminant. En effet, plusieurs facteurs doivent être pris en considération pour déterminer à quel moment une vérification devient une enquête.

³⁴ 5 C.R. (6th) 388, jugement du 17 juillet 2002.

Selon le juge de la Cour supérieure, lorsque le vérificateur a été assigné au dossier des contribuables, son mandat était d'effectuer une vérification et non une enquête. À cette époque, l'enquêteur soupçonnait que des pharmaciens omettaient de déclarer des revenus provenant de fabricants. Toutefois, l'ARC n'avait alors qu'une connaissance générale de ce stratagème et ne possédait pas de motifs raisonnables de croire qu'une infraction à la *Loi de l'impôt sur le revenu* avait été commise. Le seul fait que la vérification ait été entamée en raison de soupçons de non-déclaration n'avait pas pour effet de la transformer en enquête visant à déterminer la responsabilité pénale d'un contribuable. Par conséquent, la vérification effectuée par le vérificateur auprès des contribuables et de leurs représentants ne constituait pas, selon le juge, une enquête pénale.

Avant de commencer sa vérification, le vérificateur avait reçu des renseignements selon lesquels des montants avaient été payés aux contribuables par les manufacturiers. Toutefois, l'ARC ne possédait aucune information sur la question de savoir si ces revenus avaient été déclarés ou non. C'est la vérification qui a permis de déterminer que ces revenus n'avaient pas été déclarés et qui a fourni à l'ARC des motifs probables de croire qu'une infraction avait été commise ou encore des motifs suffisants pour obtenir un mandat de perquisition. Ainsi, tout transfert aux Enquêtes du dossier des contribuables avant l'obtention de ces motifs probables aurait été prématuré et sans fondement.

Selon le juge de la Cour supérieure, un vérificateur n'a pas à informer un contribuable qu'il a des soupçons quant au non-respect de la *Loi de l'impôt sur le revenu* par ce contribuable. Toutefois, s'il donne une explication concernant la tenue d'une vérification, cette explication doit être exacte. Dans la plupart des cas, il suffit qu'un vérificateur indique au contribuable qu'il effectue une vérification pour s'assurer que les exigences de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ont été respectées.

En l'espèce, selon le juge de la Cour supérieure, le fait que le vérificateur ait donné aux contribuables un faux prétexte pour effectuer sa vérification n'a pas pour effet de transformer celle-ci en une enquête pénale. Toutefois, cela pourrait être pertinent s'il devait être nécessaire d'analyser la bonne foi des autorités fiscales dans le cadre d'un examen basé sur le paragraphe 24(2) de la Charte.

En prenant en considération l'ensemble des circonstances, le juge de la Cour supérieure a conclu que la vérification est devenue une enquête visant à déterminer la responsabilité pénale des contribuables lorsque le vérificateur a transféré le dossier aux Enquêtes. À cet égard, le juge de la Cour supérieure

est en désaccord avec le juge de première instance qui avait qualifié ce transfert de mascarade. La conclusion du juge de première instance était fondée sur des faits pertinents à l'application du test d'objet prédominant énoncé par la Cour suprême dans l'arrêt *Jarvis*, mais ces faits n'étaient pas nécessairement déterminants.

Le juge de la Cour supérieure a également renversé la décision du juge de première instance quant à la validité des mandats de perquisition obtenus dans cette affaire. La Cour suprême a établi dans l'arrêt *Jarvis* que les renseignements obtenus dans le cadre d'une vérification peuvent être utilisés afin de mener une enquête pénale. Puisque le juge de la Cour supérieure a déterminé que la vérification effectuée en l'espèce était valide, il n'y a pas lieu d'invalider les mandats de perquisition et d'exclure la preuve obtenue dans le cadre de l'exécution de ceux-ci.

À la suite du transfert du dossier aux Enquêtes, le vérificateur a continué d'obtenir des renseignements à l'aide de ses pouvoirs de vérification et les a transmis aux Enquêtes. Ces renseignements ont été obtenus en contravention de la Charte et leur admissibilité devra être déterminée au procès eu égard à la jurisprudence développée relativement au paragraphe 24(2) de la Charte. Il en est de même pour les renseignements bancaires obtenus à la suite des perquisitions.

Pour tous ces motifs, la décision du juge de première instance de mettre fin aux procédures a été renversée et la tenue d'un nouveau procès a été ordonnée par la Cour supérieure de justice de l'Ontario.

En conclusion, la jurisprudence subséquente à l'arrêt *Jarvis* démontre que le transfert d'un dossier aux Enquêtes est un facteur auquel les juges accordent généralement une force probante importante pour déterminer à quel moment les autorités fiscales ont franchi le Rubicon. Dans ce contexte, en l'absence d'un tel transfert, il peut être difficile pour un contribuable de faire la preuve que des pouvoirs de vérification sont utilisés pour faire avancer une enquête pénale.

6. LA LÉGALITÉ DU PROGRAMME SPÉCIAL D'EXÉCUTION : LES ARRÊTS CANADA (REVENU NATIONAL) C. ELLINGSON³⁵ ET LA REINE V. TIFFIN³⁶

Au cours des années, des relations étroites se sont développées entre les corps policiers et les autorités fiscales. Cette collaboration a mené à la conclusion d'ententes formelles, notamment entre l'ARC et la GRC. Afin de traiter l'information transmise par la GRC en vertu de cet accord, l'ARC a créé le Programme spécial d'exécution (« PSE »), lequel se veut un programme de vérification dans les cas où des individus sont soupçonnés de tirer des revenus non déclarés d'activités illégales. Sans surprise, plusieurs dossiers traités par le PSE ont été transférés aux Enquêtes. C'est dans ce contexte que dans deux arrêts, le premier de la Cour d'appel fédérale et le second de la Cour d'appel de l'Ontario, ces tribunaux se sont prononcés sur la légalité de cette façon de procéder à la lumière des principes établis par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Jarvis*.

6.1. L'ARRÊT ELLINGSON

6.1.1. Les faits

En janvier 2004, le contribuable a été accusé en Californie de différentes infractions relativement à une opération d'importation et de distribution de drogue et au blanchiment des produits de cette opération entre 2000 et 2004.

Le 2 avril 2004, au lendemain du dépôt de l'acte d'accusation du grand jury, un communiqué de presse mentionnant le nom du contribuable a été diffusé par le procureur général des États-Unis, ce qui a entraîné la publication de deux articles dans des journaux de la Colombie-Britannique la semaine suivante.

Deux semaines plus tard, les Enquêtes ont reçu une copie d'un formulaire de renseignements sur les transactions financières douteuses émanant de la Banque HSBC. Le formulaire décrivait de façon détaillée un dépôt de 5 000 \$ effectué par le contribuable en billets de 20 \$. Il a été remarqué que l'argent avait l'odeur particulière de la marijuana. Un examen plus approfondi des emprunts du contribuable a révélé que ce dernier faisait régulièrement des versements en argent comptant pour les rembourser.

³⁵ 2006 CAF 202, 60 D.T.C. 6402 (« *Ellingson* »).

³⁶ 2008 ONCA 306 (CanLII), [2008] 5 C.T.C. 77 (« *Tiffin* »).

Ce formulaire avait été transmis aux Enquêtes par la Section des produits de la criminalité de la GRC, sans donner aucun autre renseignement concernant le contribuable. Le formulaire a d'abord été confié à un enquêteur des Enquêtes, qui avait précédemment retracé un article de journal où il était question du contribuable. En effectuant une recherche dans la base de données de l'ARC, il a découvert que le contribuable n'avait pas produit ses déclarations de revenus pour les années d'imposition 1997 à 2003.

Si rien n'avait permis à l'enquêteur de soupçonner que le revenu du contribuable pouvait provenir d'activités illégales, le dossier du contribuable aurait été transmis au Service des non-déclarants/non-inscrits de la Division du recouvrement des recettes de l'ARC. Puisque c'est plutôt la situation contraire qui se présentait, l'enquêteur a transmis le formulaire, l'article de journal et les résultats de la recherche dans la base de données à un vérificateur du PSE. Selon le témoignage de ce vérificateur, le PSE est un service de vérification distinct au sein des Enquêtes qui s'occupe de la vérification des contribuables soupçonnés d'avoir tiré un revenu d'activités illégales. Puisque le PSE ne mène pas d'enquêtes criminelles, un dossier est transféré à un enquêteur si un vérificateur découvre, au cours d'une vérification, qu'une infraction criminelle a été commise.

Le 20 juillet 2004, un vérificateur du PSE a envoyé une demande péremptoire au contribuable, en vertu de l'article 231.2 L.I.R., alors qu'il avait été mis au courant des activités criminelles alléguées contre le contribuable. Cette demande exigeait qu'il produise ses déclarations de revenus pour les années d'imposition 1999 à 2003, ce qu'il n'avait pas fait précédemment, ainsi que des états de ses actifs, passifs et dépenses personnelles pour chacune de ces années.

Selon le vérificateur, la demande péremptoire a été envoyée au contribuable aux fins de l'administration et de l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et non aux fins d'une enquête criminelle. D'ailleurs, à son avis, le contribuable ne faisait pas l'objet d'une enquête criminelle, mais bien d'une vérification ayant pour but de déterminer son obligation fiscale. Au moment d'émettre la demande péremptoire, le vérificateur n'était pas au courant de la décision du grand jury ou du communiqué de presse du procureur général des États-Unis.

Le contribuable a refusé de répondre à la demande péremptoire au motif que le vérificateur a outrepassé sa compétence en la lui envoyant. Il a donc demandé le contrôle judiciaire de la décision d'émettre cette demande péremptoire devant la Cour fédérale en se fondant sur l'arrêt *Jarvis*.

Le juge de première instance³⁷ a souscrit aux arguments du contribuable et a annulé la demande péremptoire. Selon lui, l'accord de travail conclu en 1992 entre la GRC et l'ARC, en application duquel le formulaire a été transmis à l'ARC, permet de conclure que l'objet visé par la demande péremptoire était de mener une enquête sur la responsabilité pénale du contribuable. En effet, l'un des objectifs de l'accord est de « mettre fin à l'infiltration d'éléments criminels dans les entreprises légitimes et de réduire les activités du crime organisé ». L'accord prévoit également que la GRC et l'ARC conviennent « d'unir leurs efforts afin de lutter contre le crime organisé par l'application de la LIR ». Le juge de première instance est d'avis qu'il est difficile de comprendre comment la GRC et l'ARC peuvent réduire les activités du crime organisé et mettre fin à l'infiltration de celui-ci au moyen de mesures d'« application » autrement qu'en concertant leurs efforts en matière d'enquête afin que des sanctions pénales soient imposées au bout du compte.

De plus, le juge de première instance a conclu que, en vertu de cet accord, l'ARC recueille des renseignements dont les deux organismes peuvent se servir dans le but d'imposer des sanctions pénales en matière fiscale. Il n'a accordé aucune crédibilité à la preuve de l'ARC cherchant à établir qu'il existerait au sein du PSE une division administrative entre les fonctions en matière de vérification et celles en matière d'enquête. Selon le juge, le PSE consacre plutôt toutes ses activités aux enquêtes relatives à la responsabilité pénale et l'envoi de la demande péremptoire constitue en fait une étape préliminaire en vue de la tenue d'une enquête.

Enfin, le juge de première instance a déterminé que le vérificateur en savait plus au sujet de la conduite suspecte du contribuable qu'il ne le laissait croire dans son affidavit, notamment en raison du contenu du formulaire transmis par la GRC.

6.1.2. L'analyse

L'ARC a interjeté appel de cette décision devant la Cour d'appel fédérale, alléguant principalement que le juge de la Cour fédérale avait omis de tenir compte de faits essentiels et qu'il avait mal interprété l'accord de travail avec la GRC. Selon l'ARC, le juge de première instance a eu tort de considérer que le PSE ne pouvait effectuer que des enquêtes criminelles en vertu de l'accord de travail.

³⁷ *Ellingson c. MRN*, 2005 CF 1068.

Le juge Malone de la Cour d'appel fédérale commence par rappeler le test élaboré par la Cour suprême dans l'arrêt *Jarvis* pour déterminer quel est l'objet prédominant d'une demande péremptoire. Dans un premier temps, il faut déterminer s'il y a une décision claire de procéder à une enquête criminelle sur la foi de la preuve. Si la réponse est affirmative, l'examen prend fin et le ministre du Revenu national ne peut plus utiliser son pouvoir d'envoyer des demandes péremptoires. Sinon, dans un deuxième temps, il faut déterminer si l'examen ou la question en cause crée une relation de nature contradictoire. À cet égard, tous les facteurs doivent être examinés, notamment les questions formulées par la Cour suprême dans l'arrêt *Jarvis*.

En l'espèce, la preuve ne révélait d'aucune façon qu'une décision claire de l'ARC ou même de la GRC d'entreprendre une enquête criminelle sur le contribuable avait été prise. Par conséquent, le juge de première instance se devait de passer à la deuxième étape du test élaboré par la Cour suprême dans l'arrêt *Jarvis*. Or, le juge de première instance a plutôt décidé de formuler la question en litige de la façon suivante : « une enquête sur la responsabilité pénale était-elle en cours lorsque le vérificateur a décidé d'envoyer la demande péremptoire? » La Cour d'appel fédérale a déterminé qu'il s'agissait d'une erreur de droit puisque la Cour suprême du Canada a déterminé dans l'arrêt *Jarvis* qu'une vérification et une enquête peuvent être effectuées parallèlement.

Le juge Malone a ensuite procédé à l'analyse des différents facteurs énoncés dans l'arrêt *Jarvis*, ce que n'avait pas fait le juge de première instance. Il rappelle que la norme de preuve applicable à cet égard est la prépondérance des probabilités. Son analyse peut être résumée ainsi :

Facteur A – Des motifs raisonnables de porter des accusations

Au moment de l'envoi de la demande péremptoire, l'ARC effectuait une vérification sur la foi d'un simple soupçon qu'un revenu tiré d'activités illégales n'avait pas été déclaré par le contribuable. L'examen préalable à la vérification n'était que la première étape d'un processus visant à déterminer si le contribuable avait omis de produire des déclarations de revenus pour les années 1999 à 2003. En outre, la preuve ne permet pas de conclure que l'ARC avait des motifs raisonnables de porter des accusations criminelles en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à cette étape préliminaire.

Facteur B – Les motifs justifiant une enquête criminelle

Bien que le vérificateur n'ait pas été au courant de l'acte d'accusation du grand jury lorsqu'il a envoyé la demande péremptoire, la Cour est d'avis que

celui-ci ainsi que le formulaire pouvaient justifier qu'une enquête soit menée par des enquêteurs de l'ARC ou la GRC, ce qui est favorable à la position du contribuable.

Facteur C – L'ensemble de la conduite de l'ARC

La conduite de l'ARC à l'endroit du contribuable n'est pas compatible avec la réalisation d'une enquête criminelle. L'ARC n'a pas obtenu de mandat de perquisition et n'a pas rencontré le contribuable. Elle recueillait simplement des renseignements afin de déterminer si une vérification devait être entreprise.

Facteur D – Le transfert des dossiers aux enquêteurs

Le dossier du contribuable n'a pas été transféré aux Enquêtes. Le vérificateur a affirmé qu'il aurait pu le faire s'il avait déterminé qu'une infraction avait été commise. De plus, la politique de l'ARC voulait que le PSE n'effectue que des vérifications et le vérificateur a affirmé qu'il n'avait jamais mené d'enquête criminelle. Par conséquent, rien dans la preuve ne permettait de croire que des renseignements avaient été échangés avec des enquêteurs.

Facteurs E et F – Le vérificateur agissant comme un mandataire des enquêteurs

La preuve n'indique pas que le vérificateur agissait comme mandataire des Enquêtes ou encore de la GRC pour recueillir des éléments de preuve. Au contraire, elle indique qu'il n'y a eu aucun contact après la prise en charge du dossier par le vérificateur.

Facteur G – La pertinence de la preuve recherchée quant à la responsabilité pénale seulement

Les renseignements visés par la demande péremptoire sont pertinents au regard de la responsabilité fiscale du contribuable en général et non seulement à sa responsabilité pénale. Il s'agit d'une demande normale de l'ARC dans un cas où un contribuable n'a pas produit de déclarations de revenus et au sujet de qui elle possède peu de renseignements financiers.

Facteur H – Les autres circonstances – L'accord de collaboration de 1992

Le juge Malone a ensuite examiné le contenu de l'accord conclu entre la GRC et l'ARC. Contrairement au juge de première instance, il en vient à la

conclusion que l'imposition de sanctions pénales n'est pas le seul moyen pouvant faire cesser les activités du crime organisé et qu'il ne fait aucun doute que la vérification des personnes impliquées et l'établissement de nouvelles cotisations pour l'impôt, les intérêts et les pénalités ébranlent aussi fortement le crime organisé.

Par ailleurs, le juge Malone a accordé un certain poids au manuel du PSE mis en preuve puisqu'il est utile pour comprendre le fonctionnement de ce programme. Ainsi, au regard de ce manuel, il ne ferait aucun doute que les services de la vérification et des enquêtes sont séparés au sein de l'ARC. Ce fait ressortirait également du témoignage du vérificateur. Par conséquent, il en vient à la conclusion que la décision du juge de première instance selon laquelle le PSE ne pouvait effectuer que des enquêtes criminelles au moment de l'envoi de la demande péremptoire n'est pas étayée par la preuve.

Compte tenu des facteurs de l'arrêt *Jarvis* ainsi que de l'accord de collaboration avec la GRC et du manuel du PSE, la Cour d'appel fédérale ne peut conclure que, selon la prépondérance des probabilités, le vérificateur avait plus qu'un simple soupçon lorsqu'il a envoyé la demande péremptoire. Puisqu'il n'y avait pas de relation de nature contradictoire en l'espèce, l'appel de la décision de la Cour fédérale est accueilli et la demande péremptoire est rétablie.

6.2. L'ARRÊT *TIFFIN*

6.2.1. Les faits

MM. Tiffin et Holterman étaient des partenaires d'affaires qui exploitaient une société appelée Nissi Financial Corporation. Une plainte a été faite à la GRC contre ces contribuables, selon laquelle ils auraient mis en place un stratagème complexe afin de frauder un citoyen américain pour un montant de 100 000 \$. La GRC a décidé de ne pas mener d'enquête en raison du manque de preuve.

En vertu d'un accord de collaboration avec l'ARC, la GRC a toutefois transmis le dossier au PSE de l'ARC. Le vérificateur assigné au dossier a commencé à récolter de l'information relativement aux affaires financières des contribuables sans communiquer directement avec eux. Il a notamment envoyé des demandes péremptoires en vertu de l'article 231.2 L.I.R. Le vérificateur a conclu que des montants importants avaient été déposés dans le compte en fidéicommis de l'un des contribuables et que ces sommes constituaient du revenu non déclaré. Après avoir consulté son superviseur, il a mis fin à sa vérification et a transféré le dossier aux Enquêtes en raison de

l'importance des sommes non déclarées, de la possibilité que des sommes additionnelles n'aient pas été déclarées et de la possibilité de fraude.

Après plus de huit mois d'enquête, au cours desquels l'enquêteur a notamment transmis des demandes péremptoires, ce dernier a conclu que les contribuables avaient commis de l'évasion fiscale pour un montant de près de 400 000 \$. L'enquêteur a alors préparé des dénonciations à partir des renseignements obtenus dans le cadre de son enquête et des renseignements qui lui avaient été transférés par le vérificateur, lesquelles ont mené à l'émission de cinq mandats de perquisition.

Des accusations de fraude en vertu du *Code criminel* ainsi que des accusations de fraude fiscale et de fausses déclarations en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ont été déposées. Les accusés ont plaidé non coupables et ont demandé l'exclusion de la preuve obtenue à l'aide des demandes péremptoires et au cours de l'exécution des mandats de perquisition, au motif que leurs droits protégés par les articles 7 et 8 de la Charte avaient été violés.

Le juge du procès a déterminé que le vérificateur du PSE menait une enquête au sujet des accusés dès le départ et que l'utilisation des pouvoirs d'inspection et d'envoi de demandes péremptoires violait l'article 8 de la Charte³⁸. Il a de plus annulé les mandats de perquisition puisqu'il a conclu qu'ils étaient basés principalement sur des renseignements obtenus en violation de la Charte et que les dénonciations contenaient des énoncés faux ou trompeurs ainsi que des omissions. Puisque le juge a déterminé que les employés de l'ARC avaient commis des fautes graves, l'admission des éléments de preuve obtenus en contravention de la Charte aurait eu pour effet de déconsidérer l'administration de la justice. Par conséquent, ces éléments de preuve ont été exclus également.

6.2.2. L'analyse

Deux des trois juges de la Cour d'appel de l'Ontario ont déterminé que le juge de première instance avait erré en droit en n'appliquant pas correctement le test élaboré par la Cour suprême dans l'arrêt *Jarvis*, lequel prévoit que les droits des contribuables sont protégés par la Charte lorsque l'objet prédominant d'un examen est la détermination de la responsabilité pénale.

³⁸ [2005] O.J. N° 3484.

Selon la majorité, le juge de première instance a tenté de déterminer si le comportement du vérificateur relevait de la vérification ou de l'enquête. Il est erroné de vouloir choisir entre deux possibilités, à savoir que l'objet prédominant est relatif soit à une enquête, soit à une vérification. En effet, se concentrer sur les étiquettes « vérification » et « enquête » sans garder à l'esprit le test de l'objet prédominant mène à une application confuse de l'arrêt *Jarvis*.

L'ARC peut utiliser les pouvoirs de vérification prévus par la *Loi de l'impôt sur le revenu* tant qu'il n'est pas déterminé que l'objet prédominant de l'examen est d'établir la responsabilité pénale du contribuable. En outre, un juge de première instance doit résoudre toute incertitude en faveur de l'ARC pour lui permettre de continuer d'avoir recours à ses pouvoirs de vérification. Il doit être évident que l'objet prédominant est de déterminer la responsabilité pénale du contribuable pour que les protections de la Charte trouvent application. Ainsi, si la question est incertaine d'une quelconque façon, on ne peut conclure que les pouvoirs de l'ARC ont été entravés.

Établir que l'objet prédominant d'un examen est la détermination de la responsabilité pénale n'est pas simple puisque plusieurs renseignements recherchés dans le cadre d'une vérification et d'une enquête sont les mêmes. Cela s'explique notamment par les ressemblances entre les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui prévoient des pénalités civiles et celles qui créent des infractions pénales. L'ARC a donc un certain pouvoir discrétionnaire de procéder au civil ou au pénal sur la foi d'une preuve commune. Ce pouvoir discrétionnaire rend encore plus complexe l'application du test d'objet prédominant élaboré dans l'arrêt *Jarvis*. En effet, l'objet d'une demande de renseignements dépend dans une certaine mesure de l'intention subjective de l'employé de l'ARC qui l'émet. Toutefois, le fait que l'ARC cherche à obtenir des renseignements qui sont techniquement pertinents au dépôt d'accusations pénales n'est pas suffisant pour déterminer que l'objet déterminant de la demande, au moment où elle est formulée, est d'enquêter sur la responsabilité pénale d'un contribuable.

La Cour d'appel de l'Ontario poursuit en analysant les différents facteurs énumérés dans l'arrêt *Jarvis*, en commençant par le dernier.

Facteur G – Les autres circonstances ou facteurs pertinents

Les renseignements concernant cette affaire ont été transmis à l'ARC par la GRC en vertu d'une entente entre les deux organismes. Selon la Cour d'appel de l'Ontario, cette façon de faire n'était pas inappropriée. De plus, malgré le fait que, comme tous les autres dossiers transférés au PSE, ce

dossier comportait un lien prouvé ou présumé avec des activités criminelles et que le vérificateur était au courant des allégations d'arnaque, le mandat de ce dernier était de vérifier le dossier fiscal du contribuable et il a cherché à obtenir des renseignements dans cet esprit. Tel qu'il est énoncé par la Cour suprême dans l'arrêt *Jarvis*, des soupçons relatifs à l'existence d'une activité criminelle ne sont pas suffisants pour établir que l'objet prédominant était l'établissement de la responsabilité criminelle d'un contribuable.

Facteur A – Les motifs raisonnables pour porter des accusations et la décision de mener une enquête pénale

Le juge de première instance a déterminé que les autorités fiscales n'avaient pas de motifs raisonnables pour porter des accusations et qu'il ne semble pas qu'une décision de mener une enquête pénale aurait pu être prise. La Cour d'appel de l'Ontario n'a pas révisé cette conclusion.

Facteur B – La conduite générale des autorités fiscales

Selon le juge de première instance, le vérificateur a entrepris une enquête pénale dès la réception des renseignements de la GRC puisqu'il a commencé à amasser de l'information sans communiquer avec les contribuables. Selon lui, un élément essentiel de toute vérification est que le vérificateur et le contribuable soient en relation.

La Cour d'appel de l'Ontario a exprimé son désaccord à cet égard. S'appuyant sur la façon de faire de la vérificatrice dans l'affaire *Jarvis* qu'aurait, semble-t-il, approuvée la Cour suprême, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que les vérificateurs n'ont pas à établir une relation de coopération, transparente et ouverte, avec un contribuable faisant l'objet d'une vérification. Ceci est particulièrement vrai pour ce qui est du PSE qui se penche sur des revenus non déclarés par des criminels.

En l'espèce, la conduite du vérificateur ne se rapprochait pas de celle de la vérificatrice dans l'affaire *Jarvis*. Il n'a fait que recueillir de l'information démontrant que le revenu du contribuable était considérablement plus élevé que ce qu'il déclarait. Selon la Cour d'appel de l'Ontario, rien dans la preuve ne permet de conclure qu'il recherchait de l'information afin de l'utiliser éventuellement dans le cadre d'une poursuite pénale.

Facteur C – Le transfert du dossier aux enquêteurs

Selon la Cour d'appel de l'Ontario, le transfert formel du dossier aux enquêteurs est crucial pour déterminer à quel moment l'objet prédominant

devient la détermination de la responsabilité pénale. Ce transfert indique une intention subjective des autorités fiscales d'entreprendre une enquête pénale. Toutefois, le transfert aux Enquêtes n'est pas en soi déterminant. Après tout, il est possible que le dossier soit retourné au vérificateur. Dans ce cas, le juge de première instance doit porter une attention particulière à ce fait pour déterminer si les enquêteurs ont véritablement refusé de mener une enquête ou s'ils ont tenté d'utiliser les pouvoirs du vérificateur en vertu des articles 231.1 et 231.2 L.I.R. afin de faire avancer leur enquête.

En l'espèce, il n'existait aucune preuve montrant que le vérificateur ait retardé le transfert du dossier aux Enquêtes de façon à utiliser ses pouvoirs de vérification afin d'obtenir des renseignements pour une poursuite pénale. Par conséquent, la Cour a attaché une grande valeur probante à la date du transfert aux Enquêtes pour déterminer la date à laquelle l'objet prédominant de l'examen est devenu la détermination de la responsabilité pénale.

Facteur D – L'utilisation du vérificateur à titre de mandataire des enquêteurs

Le juge de première instance s'était appuyé sur la proximité entre les employés de PSE et ceux des Enquêtes pour déterminer que le vérificateur agissait comme mandataire des enquêteurs. Selon l'interprétation de l'arrêt *Jarvis* faite par la Cour d'appel de l'Ontario, il est évident que la proximité spatiale entre les bureaux des vérificateurs et les bureaux des enquêteurs est insuffisante pour tirer une telle conclusion. Cet arrêt établit également que, même si le vérificateur communique avec l'enquêteur au sujet du contenu d'un dossier de vérification et qu'il va jusqu'à consulter l'enquêteur au sujet de la relation de l'ARC avec le contribuable, cela n'est pas suffisant pour faire en sorte que le vérificateur devienne un mandataire des enquêteurs. En fait, cela sera le cas uniquement si le vérificateur utilise ses pouvoirs d'inspection et d'émission de demandes péremptoires pour enquêter sur des infractions fiscales.

Dans l'affaire *Tiffin*, la preuve était insuffisante pour établir que le vérificateur avait agi comme mandataire des enquêteurs.

Facteur E – L'intention des enquêteurs d'utiliser le vérificateur comme leur mandataire

Le juge de première instance a déterminé que les enquêteurs n'ont pas tenté d'utiliser le vérificateur comme mandataire afin d'obtenir des éléments de preuve. La Cour d'appel de l'Ontario était en accord avec cette conclusion.

Facteur F – La pertinence de l'information recherchée

Selon la Cour d'appel de l'Ontario, le juge de première instance n'a pas tenu compte du fait que ce facteur n'est pertinent que si les renseignements recherchés sont seulement utiles pour prouver la *mens rea* du contribuable. Il n'est pas suffisant que ce que l'on recherche puisse être pertinent au regard de la responsabilité pénale lorsqu'il s'agit d'un élément tout aussi pertinent à l'établissement de la responsabilité fiscale du contribuable.

En l'espèce, rien ne permettait de conclure que le vérificateur a utilisé ses pouvoirs pour obtenir des renseignements uniquement pertinents aux fins de prouver la responsabilité pénale des accusés.

En appliquant le test de l'arrêt *Jarvis* correctement, la Cour d'appel de l'Ontario en vient à la conclusion que la preuve ne permet pas d'établir que l'objet prédominant de l'examen du vérificateur était d'établir la responsabilité pénale des accusés. Par conséquent, les éléments de preuve obtenus par le vérificateur auraient dû être admis au procès.

En *obiter dictum*, le juge Juriansz a indiqué que, même s'il avait conclu à une violation de la Charte, il n'aurait pas exclu les éléments de preuve puisque les accusés n'ont pas été mobilisés contre eux-mêmes et que l'équité du procès n'était pas en jeu. De plus, les accusés avaient peu ou n'avaient pas du tout d'expectative de vie privée à l'égard des documents en raison des vastes pouvoirs d'inspection des autorités fiscales. Enfin, la fiabilité des documents ne faisait aucun doute et ils étaient essentiels à la Couronne pour se décharger de son fardeau de preuve.

En résumé, les tribunaux ont reconnu que les vérificateurs du PSE ne violaient pas les droits protégés par la Charte dans la mesure où ils n'utilisaient pas leurs pouvoirs de vérification et d'envoi de demandes péremptoires avec l'objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable, tel qu'il est déterminé par la Cour suprême dans l'arrêt *Jarvis*.

7. LES MODIFICATIONS LÉGISLATIVES À LA SUITE DE L'ARRÊT *JARVIS*

7.1. LES POUVOIRS DE VÉRIFICATION ET D'ENVOI DE DEMANDES PÉREMPTOIRES

Il est intéressant de noter que les deux principales dispositions législatives visées par l'arrêt *Jarvis*, à savoir les paragraphes 231.1(1) et 231.2(1) L.I.R., n'ont pas été modifiées à la suite de cette décision de la Cour suprême. En fait, seul le paragraphe 231.2(1) L.I.R. a subi une

modification en 2007 afin d'y ajouter la possibilité d'envoyer des demandes péremptoires dans le cadre d'un accord général d'échange de renseignements fiscaux ou dans le cadre d'un traité fiscal, ce qui n'a rien à voir avec l'affaire *Jarvis*.

Ainsi, ces dispositions confèrent encore aujourd'hui aux autorités fiscales des pouvoirs de vérification et d'envoi de demandes péremptoires « pour l'application ou l'exécution » de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Tel que l'a décidé la Cour suprême dans l'arrêt *Jarvis*, cette expression doit toutefois être interprétée de manière restrictive afin d'exclure les enquêtes pénales du champ d'application de ces dispositions.

En ce qui concerne la législation québécoise, les dispositions équivalentes sont les articles 38 et 39 L.A.F. L'article 38 L.A.F. prévoit les différents pouvoirs de vérification dont dispose une personne autorisée à cette fin par le ministre du Revenu. À cet égard, une modification importante, qui n'a pas nécessairement été adoptée par l'Assemblée nationale dans la foulée de l'arrêt *Jarvis*, est entrée en vigueur le 4 juin 2009. En effet, le paragraphe d) du deuxième alinéa de l'article 38 a été abrogé³⁹, lequel se lisait antérieurement comme suit :

« Si, au cours d'une vérification ou d'un examen, elle [la personne autorisée par le ministre] a des motifs raisonnables de croire qu'une infraction à une loi fiscale ou à un règlement adopté en vertu d'une telle loi a été commise, saisir et emporter tout document ou toute autre chose qui peuvent être requis comme preuve d'une infraction à toute disposition d'une loi fiscale ou d'un règlement adopté en vertu d'une telle loi et les garder jusqu'à ce qu'ils aient été produits dans des procédures judiciaires. »

Les notes explicatives du Projet de loi n° 37 indiquent que la suppression du paragraphe d) s'explique par le fait qu'il était devenu inutile en raison de l'ajout d'un pouvoir similaire prévu au deuxième alinéa du nouvel article 40.1.0.1 L.A.F.⁴⁰ Mais il convient de noter que le pouvoir de saisie sans mandat, consenti aux employés de l'Agence du revenu du Québec en vertu de cet alinéa, est plus encadré que celui qui était prévu au paragraphe d) du deuxième alinéa de l'article 38 L.A.F.

Quant à l'article 39 L.A.F., il prévoit le pouvoir du ministre du Revenu de transmettre des demandes péremptoires. Tout comme son pendant fédéral, cet article dispose qu'une demande péremptoire peut être transmise « pour

³⁹ L.Q. 2009, c. 15 (Projet de loi n° 37), sanction le 4 juin 2009.

⁴⁰ *Id.*

l'application et l'exécution d'une loi fiscale ». Ce passage est demeuré inchangé après l'arrêt *Jarvis*, mais l'interprétation restrictive de cette expression retenue par la Cour suprême dans cette affaire doit également être appliquée à la *Loi sur l'administration fiscale* du Québec. En fait, la seule modification subie par cet article après 2002 consiste en l'addition des troisième et quatrième alinéas, entrés en vigueur le 8 juin 2006. Toutefois, ces alinéas n'ont rien à voir avec ce qui a été décidé par la Cour suprême dans l'arrêt *Jarvis*.

7.2. DE NOUVEAUX OUTILS POUR LES ENQUÊTES PÉNALES

En ce qui concerne la *Loi de l'impôt sur le revenu*, l'article 231.3, qui prévoit la possibilité d'obtenir un mandat de perquisition à certaines conditions, n'a pas été modifié depuis 2002. En fait, la constitutionnalité de celui-ci n'avait pas été remise en question par la Cour suprême dans l'arrêt *Jarvis*. De plus, soulignons que l'ARC a rarement recours à l'article 231.3 L.I.R. puisqu'elle a comme pratique d'obtenir, dans le cadre de ses enquêtes pénales, des mandats de perquisition en vertu de l'article 487 C.cr.

Par ailleurs, les articles 487.012 et 487.013 ont été ajoutés au *Code criminel* durant l'année 2004 afin de donner le pouvoir à un juge de paix ou à un juge d'émettre des ordonnances de communication dans le cadre d'une enquête criminelle ou pénale relativement à une infraction au *Code criminel* ou à toute autre loi fédérale. Une telle ordonnance ne peut être obtenue que sur présentation *ex parte* d'une dénonciation sous serment faisant état de motifs raisonnables et ne peut pas être adressée à la personne soupçonnée d'avoir commis cette infraction. Elle doit être assortie de conditions propres à protéger les communications privilégiées entre l'avocat ou le notaire et son client.

La personne à qui est transmise une ordonnance de communication en vertu de l'article 487.012 C.cr. a l'obligation de communiquer les documents ou les données qui y sont identifiés ou encore de préparer un document à partir de documents ou de données existants et de communiquer ce document. Quant à l'ordonnance émise en vertu de l'article 487.013 C.cr., elle doit être adressée à une institution financière ou à une personne ou entité visée à l'article 5 de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*⁴¹ (par exemple, une coopérative de crédit, une société d'assurance vie, une société de fiducie ou une société de

⁴¹ L.C. 2000, ch. 17.

prêt) et elle vise plus particulièrement les renseignements relatifs à des comptes qui y sont détenus.

Au Québec, le législateur a agi relativement rapidement à la suite de l'arrêt *Jarvis* en ajoutant à la *Loi sur l'administration fiscale* les articles 40.1.1 à 40.1.3, lesquels sont entrés en vigueur le 22 avril 2004⁴². Plus particulièrement, l'article 40.1.3 L.A.F. est analogue à l'article 487.012 C.cr. et il constitue en quelque sorte une réponse à l'arrêt *Jarvis* puisqu'il permet d'obtenir, dans le contexte d'une enquête fiscale, une autorisation judiciaire préalable forçant la production de documents et de renseignements par un tiers.

L'article 40.1.1 L.A.F. permet à un juge de la Cour du Québec⁴³ de décerner, sur demande *ex parte* à la suite d'une dénonciation faite par un employé de l'Agence du revenu du Québec faisant état de motifs raisonnables, ce qui est désigné sous le nom d'« autorisation générale ». Cette autorisation générale permet de recourir à une technique ou à une méthode d'enquête qui constituerait, sans une telle autorisation judiciaire, une fouille, une perquisition ou une saisie abusive. Il est à noter que cet ajout venait combler un vide législatif qui n'avait pas d'équivalent au niveau fédéral puisque le pouvoir d'obtenir des mandats généraux était prévu par l'article 487.01 C.cr. dès 1993, soit bien avant l'arrêt *Jarvis*.

Outre l'obligation d'obtenir l'autorisation d'un juge de la Cour du Québec, l'article 40.1.1 L.A.F. prévoit plusieurs limites à la délivrance d'une autorisation générale, notamment les suivantes :

- a) l'autorisation ne peut pas permettre l'interception d'une communication privée, telle qu'elle est définie à l'article 183 C.cr.;
- b) elle ne peut pas non plus autoriser l'observation, au moyen d'une caméra ou d'un autre dispositif électronique semblable, des activités d'une personne dans des circonstances telles que celle-ci peut raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée;

⁴² L.Q. 2004, c. 4, a. 25 (Projet de loi n° 20), sanction le 22 avril 2004.

⁴³ Aux termes de l'article 40.12 L.A.F., « [les] pouvoirs conférés et les devoirs imposés à un juge de la Cour du Québec en vertu des articles 40 à 40.11 peuvent aussi être exercés par un juge de paix, dans les limites prévues par la loi et par son acte de nomination ». Ce juge de paix sera généralement un juge de paix magistrat, par opposition à un juge de paix fonctionnaire (voir à cet égard la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., c. T-16, art. 158 à 182).

- c) l'infraction à une loi fiscale dont il est question doit prévoir une peine d'emprisonnement;
- d) la délivrance de l'autorisation doit, dans l'opinion du juge, servir au mieux l'administration de la justice;
- e) il ne doit exister aucune disposition dans une loi fiscale ou dans le *Code de procédure pénale*⁴⁴ qui prévoit un mandat, une autorisation ou une ordonnance permettant une telle utilisation ou l'accomplissement d'un tel acte;
- f) l'autorisation ne peut pas permettre de porter atteinte à l'intégrité physique d'une personne;
- g) l'autorisation doit de plus énoncer les modalités qui, dans les circonstances et selon l'opinion du juge, sont nécessaires pour que la fouille, la perquisition ou la saisie soit raisonnable, pour que l'attente raisonnable du respect de la vie privée soit protégée et pour protéger le secret professionnel de l'avocat ou du notaire;
- h) s'il s'agit d'une autorisation de perquisitionner secrètement, un avis de la perquisition doit être donné après son exécution dans un délai jugé approprié par le juge;
- i) l'exécution de l'autorisation doit être commencée dans les 15 jours suivant sa délivrance et doit être terminée dans les 30 jours de l'expiration de ce délai, sous réserve de l'obtention d'un délai additionnel d'au plus 30 jours auprès du juge;
- j) l'exécution de l'autorisation ne peut pas être commencée ni avant 7 heures ni après 20 heures, ni un jour non juridique, sauf avec le consentement du juge.

Pour ce qui est du nouvel article 40.1.3 L.A.F., il prévoit la possibilité pour un employé de l'Agence du revenu du Québec d'obtenir, dans le cadre d'une enquête relative à une infraction à une loi fiscale, l'émission par un juge de la Cour du Québec d'une ordonnance de communication. Une telle ordonnance peut être obtenue sur demande *ex parte* à la suite d'une dénonciation sous serment de l'employé contenant des motifs raisonnables.

⁴⁴ L.R.Q., c. C-25.1. (« C.p.p. »).

L'ordonnance de communication exige d'une personne qu'elle transmette des documents originaux ou des copies certifiées conformes ou des renseignements ou encore qu'elle prépare un document à partir de documents ou de renseignements existants. Le quatrième alinéa de l'article 40.1.3 L.A.F. prévoit toutefois que les ordonnances de communication doivent être assorties de modalités propres à protéger le secret professionnel de l'avocat ou du notaire.

Par ailleurs, les dispositions de la *Loi sur l'administration fiscale* qui prévoient les pouvoirs d'enquête ont été modifiées de façon importante en 2009. Notamment, les articles 40.1.0.1 et 40.1.0.2⁴⁵ ainsi que les articles 40.3 à 40.12 ont été ajoutés à la *Loi sur l'administration fiscale*⁴⁶. Ces modifications ne découlent toutefois pas directement de l'arrêt *Jarvis*.

Plus particulièrement, le deuxième alinéa de l'article 40.1.0.1 L.A.F. dispose qu'un employé de l'Agence du revenu du Québec peut, s'il a des motifs raisonnables, effectuer une saisie sans mandat ni télémandat, mais uniquement si le responsable des lieux consent à la perquisition ou s'il y a urgence au sens de l'article 96 C.p.p., c'est-à-dire lorsque les délais pour obtenir un mandat ou un télémandat risquent de mettre en danger la santé des personnes ou la sécurité des personnes ou des biens ou d'entraîner la dissimulation, la destruction ou la perte de la chose recherchée. Ce pouvoir de saisie sans mandat existait déjà dans la *Loi concernant l'impôt sur le tabac*⁴⁷ et dans la *Loi concernant la taxe sur les carburants*⁴⁸. En l'ajoutant à la *Loi sur l'administration fiscale*, la portée de celui-ci a été étendue à l'ensemble des lois fiscales du Québec.

Rappelons que les notes explicatives du projet de loi contenant ces modifications présentaient le pouvoir prévu par cet alinéa comme étant similaire à celui prévu par le paragraphe d) du deuxième alinéa de l'article 38 L.A.F., lequel a été abrogé par la même occasion. Or, il convient de souligner que l'étendue du pouvoir d'effectuer des saisies sans mandat prévu au deuxième alinéa de l'article 40.1.0.1 L.A.F. est davantage encadrée par rapport à ce qui était prévu au paragraphe d) du deuxième alinéa de l'article 38 L.A.F. Ainsi, une saisie sans mandat par un employé de l'Agence du revenu du Québec ne peut être effectuée en vertu de cette disposition que si

⁴⁵ L.Q. 2009, c. 15, a. 468.

⁴⁶ L.Q. 2009, c. 15, a. 471.

⁴⁷ L.R.Q., c. I-2.

⁴⁸ L.R.Q., c. T-1.

le contribuable y consent ou s'il y a urgence. Par opposition, la saisie sans mandat qui était prévue au deuxième alinéa de l'article 40.1.0.1 L.A.F. était effectuée dans le cadre d'une vérification, à laquelle le contribuable a une obligation de collaborer sous peine de sanctions. De plus, notons que la notion d'« urgence » est circonscrite dans le *Code de procédure pénale* à des circonstances bien précises, notamment lorsqu'il s'agit d'effectuer une saisie dans une demeure.

CONCLUSION

Nous avons vu que la jurisprudence subséquente à l'arrêt *Jarvis* est venue préciser l'application des facteurs énoncés dans cet arrêt et a étendu la portée de celui-ci au-delà des demandes d'exclusion d'éléments de preuve présentées dans le cadre d'un procès pénal. Par ailleurs, la législation prévoyant les pouvoirs de vérification et d'enquête a évolué, que ce soit ou non en réaction à l'arrêt *Jarvis*, de façon à donner aux autorités fiscales de nouveaux outils pour leur permettre de remplir leurs différentes missions.

Toutefois, il est clair que toutes les questions pouvant se poser n'ont pas encore reçu de réponse et que l'arrêt *Jarvis* continuera de faire couler de l'encre au cours de la prochaine décennie, particulièrement dans un contexte où les organismes gouvernementaux ont exprimé leur volonté de collaborer plus étroitement entre eux et d'échanger les renseignements qui sont à leur disposition, notamment afin de lutter contre la corruption et contre la collusion.

COMPRENDRE L'ARRÊT *JARVIS* : LE PARCOURS JURISPRUDENTIEL D'UNE DÉCISION OBSCURE



Gilles Villeneuve
Avocat-conseil
Service des poursuites pénales
du Canada*

PRÉCIS

L'arrêt *Jarvis*, rendu en 2002, est la décision phare de la Cour suprême du Canada concernant les limites à l'exercice des pouvoirs de vérification fiscale pour enquêter sur des infractions criminelles d'évasion fiscale. Nonobstant des motifs élaborés, l'arrêt *Jarvis*, à lui seul, ne permet pas de tracer la frontière entre l'inspection administrative et l'enquête criminelle de manière adéquate. Pour ce faire, il faut se référer à des décisions rendues avant et après l'arrêt *Jarvis*, y compris les arrêts *Ling* et *Laroche* rendus en même temps que l'affaire *Jarvis*. Le chemin pour comprendre l'arrêt *Jarvis*

* Les points de vue exprimés dans le présent texte appartiennent uniquement à l'auteur et, dans cette optique, ne représentent aucunement l'opinion du Service des poursuites pénales du Canada. M^c Gilles Villeneuve est par ailleurs coauteur avec M^c Jean Groleau et M^c Michel Dansereau du texte intitulé « Dix ans après l'arrêt *Jarvis* : où en sommes-nous? » publié dans le présent numéro de la *Revue de planification fiscale et financière*.

passé donc par ces décisions, lesquelles sont examinées dans le présent texte. Cela étant dit, malgré une jurisprudence abondante, aucun tribunal n'a malheureusement percé le grand mystère de l'arrêt *Jarvis* : en quoi la protection contre l'auto-incrimination de l'accusé est-elle engagée lorsque la demande péremptoire demande à une tierce personne de produire des documents créés avant l'émission de la demande?

ABSTRACT

Jarvis, rendered in 2002, is the Supreme Court of Canada's blueprint decision for understanding to what extent the Canada Revenue Agency ("CRA") may rely on its civil audit powers to further its criminal tax evasion investigations. In spite of extensive reasons for judgement, *Jarvis*, in and by itself, is insufficient to properly stake the metes and bounds between the audit function and the investigatory function. That necessarily requires an analysis of decisions rendered before and after *Jarvis*, including *Ling* and *Laroche* which were handed down the same day as *Jarvis*. The road to understanding *Jarvis* inevitably runs through other court decisions. This article examines these decisions. Despite our jurisprudential survey, no Court has yet solved the *Jarvis* riddle: how do letters of requirement requiring a third party to produce its records, that came into existence prior to the CRA's compulsion to produce, attract the accused's right against self-incrimination?

TABLE DES MATIÈRES

1.	PRÉAMBULE ET MISE EN CONTEXTE – L'ÈRE PRÉ-<i>JARVIS</i>	737
2.	DÉCISIONS DE LA COUR SUPRÊME AIDANT À COMPRENDRE LA PORTÉE DE L'ARRÊT <i>JARVIS</i>	737
2.1.	LA TRILOGIE <i>JARVIS</i> , <i>LING</i> ET <i>LAROCHE</i>	737
2.1.1.	La décision <i>Ling</i> – La négligée	739
2.1.2.	La décision <i>Laroche</i> – L'oubliée.....	741
2.2.	DÉCISIONS PRÉTRILOGIE DE LA COUR SUPRÊME : <i>LA REINE C. S. (R.J.) ET BRITISH COLUMBIA SECURITIES COMMISSION C. BRANCH</i>	742
2.2.1.	Sens et portée du critère de l'« objet prédominant »	742
2.2.2.	Impact du qualificatif « prédominant » sur l'étendue d'une vérification civile.....	744
2.3.	DECISION POST-TRILOGIE DE LA COUR SUPREME : <i>LA REINE C. NOLET</i>	744
2.3.1.	Sens et portée de l'arrêt <i>Nolet</i>	744
2.3.2.	Effet de l'arrêt <i>Nolet</i> sur la trilogie <i>Jarvis</i> , <i>Ling</i> et <i>Laroche</i> et utilisation des pouvoirs de la <i>Loi de l'impôt sur le revenu</i>	746
3.	INTERPRÉTATION ET APPLICATION DE L'ARRÊT <i>JARVIS</i> ET AUTRES PAR LES TRIBUNAUX INFÉRIEURS : LES TENDANCES ET LES ÉCLAIRCISSEMENTS	746
3.1.	L'ÉRECTION D'UN MUR DE CHINE ENTRE LA VÉRIFICATION ET LES ENQUÊTES N'EST PAS NÉCESSAIRE EN CAS D'ENQUÊTE ET DE VÉRIFICATION SIMULTANÉES	747
3.2.	CONTRAINdre APRES LE DEBUT DE L'ENQUETE LA PRODUCTION DE RENSEIGNEMENTS DEMANDES AVANT LE DEBUT DE L'ENQUETE	747
3.3.	LE MOMENT AUQUEL IL FAUT FAIRE APPEL AUX SEPT FACTEURS <i>JARVIS</i> POUR DETERMINER QUE LE RUBICON A ETE FRANCHI.....	748
3.4.	AUCUN NOUVEAU FACTEUR POUR DETERMINER QUE LE RUBICON A ETE FRANCHI	748
3.5.	L'APPLICATION DES FACTEURS <i>JARVIS</i> ET COMMENT LES TRIBUNAUX DETERMINENT GENERALEMENT QUE LE RUBICON A ETE FRANCHI	748
3.6.	L'EFFET D'UN REJET D'UN RENVOI AUX ENQUÊTES.....	750
3.7.	QUI DOIT ETABLIR UNE VIOLATION <i>JARVIS</i> , QUEL EST SON FARDEAU ET QUE DOIT-IL PROUVER?	750

3.8. LES PRINCIPES *JARVIS* NE S'APPLIQUENT QU'AUX INFRACTIONS
DE NATURE CRIMINELLE 751

CONCLUSION 751

1. PRÉAMBULE ET MISE EN CONTEXTE – L'ÈRE PRÉ-*JARVIS*

Dans l'affaire *La Reine c. Wilder*¹, le juge Romilly de la Cour suprême de Colombie-Britannique souligne le changement significatif du droit apporté par les arrêts *La Reine c. Jarvis*² et *La Reine c. Ling*³ de la Cour suprême du Canada, en ce qui concerne les tiers visés par une demande péremptoire de renseignements et en ce qui concerne la protection des accusés contre l'auto-incrimination.

« [33] Counsel for the accused argued that in Jarvis and Ling the Supreme Court of Canada merely crystallized what was already the law. [...] »

[34] I do not mind admitting that I spent hours reading and re-reading these cases and **none of them state what was stated in either Jarvis or Ling**. Prior to the recent Supreme of Canada's decision in Jarvis there was disagreement between the courts as to whether Requirements were or were not a search; there was disagreement as to whether or not Requirements were constitutional or not; no distinction was drawn by the courts between Requirements that were used by Revenue Canada during the audit process and those used when the predominant purpose of the inquiry was the determination of penal liability. **There was also no indication from the courts that it was a breach of s. 7 of the Charter to serve Requirements on third parties when the predominant purpose of the inquiry was the determination of penal liability.**

[35] In my view, until the principles with regard to third parties and “self-incrimination” vis-à-vis an accused were articulated in Jarvis in November, 2002, it was reasonable and fair for Revenue Canada to believe and act on the belief that self-incrimination related only to compulsion of an accused vis-à-vis him or herself. There could be no doubt that the decisions in Jarvis and Ling, therefore represent a **significant** change in the law. » (Notre soulignement)

2. DÉCISIONS DE LA COUR SUPRÊME AIDANT À COMPRENDRE LA PORTÉE DE L'ARRÊT *JARVIS*

2.1. LA TRILOGIE *JARVIS*, *LING* ET *LAROCHE*

En bref, l'arrêt *Jarvis*⁴ traite particulièrement, mais non exclusivement, des principes d'auto-incrimination garantis par l'article 7 de la *Charte*

¹ [2003] B.C.J. 3081, par. 33, 34 et 35.

² 2002 CSC 73 (« *Jarvis* »).

³ 2002 CSC 74 (« *Ling* »).

⁴ Précité, note 2.

*canadienne des droits et libertés*⁵ dans la situation où le fisc recueille de la preuve d'un contribuable par l'utilisation de ses pouvoirs de contrainte administratifs (par exemple, par une demande péremptoire⁶)⁷. Une preuve ainsi recueillie ne peut servir à établir la commission d'une infraction d'évasion fiscale si, au moment de son obtention, l'« objet prédominant » était de prouver la responsabilité pénale d'un contribuable⁸. En revanche, les renseignements obtenus avant que l'enquête ne devienne à prédominance criminelle pourront être utilisés aux fins de l'enquête criminelle.

Jarvis est un arrêt fort complexe⁹, tant en ce qui concerne la compréhension de ses enseignements que dans leur application. Certains principes qui y sont énoncés ne sont pas évidents à saisir, car leur réconciliation avec certaines décisions antérieures de la Cour suprême s'avère difficile¹⁰. Ensuite, compte tenu de cette difficulté, la tâche de les appliquer à un cas d'espèce devient parfois titanesque¹¹.

⁵ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, L.R.C. 1985, app. II, n° 44 (« Charte »).

⁶ *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) (« L.I.R. »), art. 231.2.

⁷ Ainsi, les principes de l'arrêt *Jarvis* n'ont rien à voir avec le « partage de renseignements » non recueillis aux termes de pouvoirs de contrainte administratifs (par exemple, des choses saisies d'un contribuable en vertu d'un mandat de perquisition exécuté par la police peuvent être transmises au fisc pour qu'il établisse une cotisation fiscale; dans un tel cas, les principes de l'arrêt *Jarvis* n'entrent pas en jeu : *Brown c. La Reine*, [2012] CarswellNat 2481 (C.C.I.), par. 38 et 39).

La légitimité d'un tel « partage de renseignements » constitue un sujet juridique en soi, que nous n'aborderons pas dans le présent texte.

⁸ Dans ce cas, les fonctionnaires de l'État auront, selon l'expression employée par la Cour suprême, traversé ou franchi le « Rubicon ». Le « Rubicon » serait une rivière romaine séparant les provinces de Rome de la Gaule : *La Reine c. Chahine-Badr*, [2006] CanLII 2776 (C.S. Ont.), par. 24.

⁹ Nous ne sommes pas seuls à l'avoir constaté. À cet effet, voir *La Souveraine, compagnie d'assurance générale c. AMF*, 2009 QCCS 4494 (« *La Souveraine, compagnie d'assurance* »), par. 93.

¹⁰ Par exemple, le critère de l'« objet prédominant » d'enquêter en rapport avec une possible infraction criminelle, indiqué dans l'arrêt *Jarvis*, semble heurter le critère des « motifs raisonnables de croire » mentionné dans l'arrêt *Comité Paritaire de l'industrie de la Chemise c. Potash*, [1994] 2 R.C.S. 406 (« *Comité Paritaire* »), par. 5 (j. LaForest) et par. 93 (j. L'Heureux-Dubé) (version PDF).

Pour une application de ce critère énoncé dans l'affaire *Comité Paritaire*, voir *La Reine c. Inco Ltd.*, [2001] CarswellOnt 1913 (C.A. Ont.), par. 33, pourvoi en autorisation refusé, 293 N.R. 199 (C.S.C.) (note) : « [...] the implication of the *Comité* (à suivre...) »

Bien que les « principes *Jarvis* », communément appelés ainsi, émanent principalement de cette décision, deux autres décisions, dans les affaires *Ling* et *Laroche*¹², toutes les deux rendues le même jour que l'affaire *Jarvis*¹³, sont également importantes pour tenter de comprendre certains des principes énoncés dans cet arrêt. Comme dans l'affaire *Jarvis*, les arrêts *Ling* et *Laroche* concernaient des renseignements obtenus par un vérificateur, transmis par la suite à un enquêteur¹⁴.

2.1.1. La décision *Ling* – La négligée

Dès la première phrase de son jugement, la Cour suprême a semblé sonner le glas jurisprudentiel de l'arrêt *Ling* en précisant qu'il était « [...] régi par les principes énoncés dans l'affaire *R. c. Jarvis* [...] »¹⁵. Cela explique probablement pourquoi les tribunaux ne la citent que rarement, comparativement à l'affaire *Jarvis*¹⁶. Pourtant, sa lecture se veut indispensable pour mieux comprendre les principes *Jarvis*.

(...suite)

Paritaire decision is that where an inspector under a regulatory regime possesses reasonable and probable grounds to believe that an offence has been committed, the Hunter v. Southam requirements will need to be met ». (Notre soulignement) Le jugement *Hunter c. Southam* ([1984] 2 R.C.S 145) est une décision de la Cour suprême rendue en 1984. En se référant à cette décision, la Cour d'appel de l'Ontario considérait donc que les autorités gouvernementales devaient obtenir un mandat de perquisition, car elles avaient des motifs raisonnables de croire à la commission d'une infraction.

¹¹ Cela est notamment vrai lorsque les tribunaux sont appelés à appliquer l'arrêt *Jarvis* à des pouvoirs d'inspection autres que ceux de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

¹² *Québec (Procureur général) c. Laroche*, 2002 CSC 72 (« *Laroche* »).

¹³ Toutes ces décisions ont été rendues le 21 novembre 2002.

¹⁴ Ceci dit, l'arrêt *Laroche*, contrairement aux arrêts *Jarvis* et *Ling*, ne concernait pas l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Dans ce cas, il s'agissait d'un inspecteur de la Société de l'assurance automobile du Québec (« SAAQ ») qui avait transmis des renseignements à des policiers. Les renseignements transmis par lui avaient été découverts lors de son inspection.

¹⁵ *Ling*, précité, note 3, par. 1.

¹⁶ En ce qui a trait au critère de l'« objet prédominant », l'arrêt *Jarvis* a été cité environ 120 fois contre une trentaine de fois pour l'arrêt *Ling* : banque jurisprudentielle *Westlaw Canada* (données statistiques en date du 16 septembre 2012).

2.1.1.1. Commentaires préliminaires

L'affaire *Ling* a été plaidée le même jour que l'affaire *Jarvis*¹⁷ et, donc, devant le même banc¹⁸. Les coauteurs des jugements unanimes, rendus dans les arrêts *Jarvis* et *Ling*, sont aussi les mêmes, soit les juges Iacobucci et Major.

2.1.1.2. Comment l'arrêt *Ling* précise la portée de l'arrêt *Jarvis*

En ne lisant strictement que l'arrêt *Jarvis*, le lecteur pourrait avoir l'impression que les motifs de la Cour suprême du Canada, y compris sa conclusion, laissent sous-entendre que la seule violation constitutionnelle pouvant possiblement être constatée est celle fondée sur les principes d'auto-incrimination de l'article 7 de la Charte :

« Cependant, nous tenons à souligner que certains renseignements bancaires ont été obtenus au début de 1995 à la suite de demandes péremptoires présentées sous le régime du par. 231.2(1). Selon l'analyse qui précède, cette façon de faire a porté atteinte aux droits garantis à l'appelant par l'art. 7 puisque l'enquête était alors bien en cours¹⁹. » (Notre soulignement)

Heureusement, les motifs de l'arrêt *Ling* rectifient le tir, en précisant que la protection constitutionnelle contre les fouilles abusives (art. 8 de la Charte) sera aussi engagée : « Les renseignements recueillis le 29 décembre 1995 dans l'exercice des pouvoirs de contrainte l'ont été dans le cadre d'une enquête, en violation des droits que les art. 7 et 8 de la Charte garantissent à l'appelant²⁰. » (Notre soulignement)

2.1.1.3. L'importance de l'arrêt *Ling* pour une société inculpée

Les tribunaux canadiens, y compris la Cour suprême du Canada, ont maintes fois souligné qu'une société ne pouvait bénéficier des droits garantis par l'article 7 de la Charte.

Ainsi, la possibilité d'invoquer l'article 8 de la Charte pour faire valoir une violation de type *Jarvis* est particulièrement importante pour une

¹⁷ Le 13 juin 2002.

¹⁸ Juges McLachlin, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

¹⁹ *Jarvis*, précité, note 2, par. 105.

²⁰ *Ling*, précité, note 3, par. 32.

société²¹, laquelle sera généralement déboutée si sa plainte ne repose que sur une contravention aux droits à la protection contre l'auto-incrimination (art. 7 de la Charte)²².

2.1.2. La décision *Laroche* – L'oubliée

Davantage que l'arrêt *Ling*, pratiquement personne ne fait appel à l'arrêt *Laroche* pour interpréter les principes *Jarvis*. Or, même s'il ne s'agit pas d'une affaire d'évasion fiscale, cet arrêt corrobore l'un des principes *Jarvis*, soit le droit des enquêteurs (policiers) d'utiliser les renseignements obtenus conformément aux pouvoirs d'inspection avant le début de l'enquête criminelle.

2.1.2.1. Commentaires préliminaires

Malgré le fait que l'arrêt *Laroche* ait été rendu le même jour que les arrêts *Jarvis* et *Ling*, il a été plaidé plusieurs mois avant ceux-ci²³, et ce, devant un banc différent²⁴. Fait important à signaler : l'un des coauteurs des arrêts *Jarvis* et *Ling*, soit le juge Major, n'a pas participé aux débats. En plus, contrairement aux arrêts *Jarvis* et *Ling*, lesquels étaient des décisions unanimes, l'arrêt *Laroche* contient deux séries de motifs dont l'une est une dissidence. Ceci dit, les juges majoritaires et les juges dissidents s'entendent néanmoins sur la question de la transmission à la police des renseignements recueillis lors d'une vérification menée par des inspecteurs de la SAAQ.

2.1.2.2. Comment l'arrêt *Laroche* renforce l'un des principes *Jarvis*

Conformément à l'arrêt *Jarvis*²⁵, le jugement majoritaire et les motifs des juges dissidents de l'affaire *Laroche* confirment qu'il n'existe aucune

²¹ Par exemple, voir l'arrêt *Kligman c. MRN*, 2004 CAF 152 (« *Kligman* »), par. 6, où les principes *Jarvis* ont été appliqués à des sociétés. Pour plus de détails sur l'affaire *Kligman*, voir la section 3. du texte « Dix ans après l'arrêt *Jarvis* : où en sommes-nous? » publié dans le présent numéro de la *Revue de planification fiscale et financière*.

²² *La Souveraine, compagnie d'assurance*, précité, note 9, par. 95.

²³ Le 16 janvier 2002.

²⁴ Absence des juges Major et Binnie.

²⁵ *Jarvis*, précité, note 2, par. 95 :

« Il s'ensuit donc que rien n'empêche les vérificateurs de transmettre leurs dossiers, qui renferment des documents de vérification validement obtenus, (à suivre...)

règle absolue interdisant la communication à la police, y compris à d'autres enquêteurs à des fins d'enquête criminelle, de renseignements recueillis régulièrement au cours d'une inspection ou vérification administrative²⁶. Ainsi, l'arrêt *Laroche* renforce ce principe que la Cour avait établi ce même jour dans l'arrêt *Jarvis*.

2.2. DÉCISIONS PRÉTRILOGIE DE LA COUR SUPRÊME : LA REINE C. S. (R.J.)²⁷ ET BRITISH COLUMBIA SECURITIES COMMISSION C. BRANCH²⁸

2.2.1. Sens et portée du critère de l'« objet prédominant »

Tel qu'il a été mentionné, la Cour suprême du Canada, dans les arrêts *Jarvis* et *Ling*, a établi que les autorités fiscales ne pouvaient se prévaloir des pouvoirs de contrainte administratifs de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (par exemple, la demande péremptoire) lorsque leur examen avait pour « objet prédominant » l'enquête criminelle.

Quelques arrêts antérieurs de la Cour suprême du Canada, dont *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada*²⁹, *Comité Paritaire*³⁰ et *Del Zotto c.*

(...suite)

aux enquêteurs. Ainsi, aucun principe d'immunité contre l'utilisation n'empêche les enquêteurs, dans l'exercice de leur fonction d'enquête, d'utiliser des éléments de preuve obtenus dans l'exercice régulier de la fonction de vérification de l'ADRC. En ce qui concerne les renseignements valablement obtenus au cours d'une vérification, il n'existe pas non plus de principe d'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée qui exigerait du juge de première instance qu'il applique le critère "n'eût été" formulé dans *S. (R.J.)*, précité. Lorsque des renseignements valablement contenus dans le dossier du vérificateur révèlent un élément de preuve particulier, les enquêteurs peuvent l'utiliser. »

Au même effet, voir aussi le paragraphe 97 du même jugement.

²⁶ *Laroche*, précité, note 12, par. 82, 83 et 84 (juges majoritaires) et par. 6 (juges dissidentes).

²⁷ [1995] 1 R.C.S. 451 (« *S. (R.J.)* »).

²⁸ [1995] 2 R.C.S. 3 (« *British Columbia Securities Commission* »).

²⁹ [1990] 1 R.C.S. 425. La production de documents par *subpoena duces tecum* à une commission enquêtant sur des infractions en matière de concurrence était en cause dans cette affaire.

³⁰ Précité, note 10. Dans cette affaire, la Cour suprême a passé en revue les pouvoirs d'inspection administrative et leurs utilisations pour prouver des infractions pénales provinciales.

*Canada*³¹, avaient considéré l'utilisation de pouvoirs civils et administratifs pour recueillir de la preuve afin d'établir des infractions criminelles ou pénales, sans pour autant donner le moindre indice que le critère de l'« objet prédominant » constituerait la norme pour démarquer, dans ce contexte, l'examen administratif de l'enquête criminelle et pénale.

Ceci dit, le critère de l'« objet prédominant » n'avait rien de nouveau. Il s'agissait, en fait, d'un emprunt aux arrêts *S. (R.J.)*³² et *British Columbia Securities Commission*³³, deux décisions n'ayant cependant rien à voir avec l'utilisation des pouvoirs de contrainte administratifs. Selon ces arrêts, et en particulier selon les motifs de la juge L'Heureux-Dubé dans l'affaire *S. (R.J.)*, le qualificatif **prédominant** signifie « principalement » et « substantiellement » (plutôt qu'accessoirement)³⁴.

La discussion sur ce critère dans ces deux décisions, même s'il s'agissait de contextes juridiques différents, aide à comprendre le sens et la portée du critère de l'« objet prédominant » énoncé dans les arrêts *Jarvis* et *Ling*. Comment? En aidant à identifier les tenants et aboutissants d'une vérification fiscale régulière.

³¹ [1999] 1 R.C.S. 3, adoptant les motifs dissidents du juge Strayer, [1997] 3 C.F. 40 (C.A.F.). Cet arrêt concernait l'utilisation des pouvoirs de commission d'enquête (art. 231.4 L.I.R.) pour recueillir de la preuve criminelle d'évasion fiscale.

³² Précité, note 27. Une personne accusée séparément est un témoin contraignable au procès criminel d'une autre personne accusée de la même infraction.

³³ Précité, note 28. Cas où une personne contrainte à témoigner devant une commission provinciale de valeurs mobilières bénéficiera notamment de la protection contre l'auto-incrimination à son procès criminel.

³⁴ *S. (R.J.)*, précité, note 27, par. 278. Par ailleurs, mieux que la version française, les motifs en anglais de la juge L'Heureux-Dubé illustrent bien cette position :

« Fundamentally unfair conduct will most frequently occur when the Crown is seeking, as its **predominant purpose (rather than incidentally)**, to build or advance its case against that witness instead of acting in furtherance of those pressing and substantial purposes validly within the jurisdiction of the body compelling the testimony. The Crown will be predominantly advancing its case against the accused when, by calling the witness, it is engaging in a colourable attempt to obtain discovery from the accused and, at the same time, is not materially advancing its own valid purposes. » (par. 278) (Notre soulignement)

2.2.2. Impact du qualificatif « prédominant » sur l'étendue d'une vérification civile

En effet, le qualificatif « prédominant » aide à déterminer l'étendue d'une vérification fiscale véritable. L'adjonction de ce qualificatif aux mots « objet » et « enquête criminelle » constitue, d'après nous, un guide significatif pour établir s'il y a eu ou non violation de type *Jarvis* selon la formule prescrite, soit : l'objet **prédominant** de l'utilisation des pouvoirs de contrainte administratifs était-il l'enquête criminelle? En dehors d'une réponse positive à cette question, tout vérificateur pourrait ainsi, au cours d'une vérification fiscale, se prévaloir de ses pouvoirs de contrainte pour enquêter **accessoirement** sur une possible infraction criminelle d'évasion fiscale³⁵.

En conséquence, le fait d'adjoindre l'expression « prédominant » au critère prescrit constitue une reconnaissance explicite de la Cour suprême qu'une vérification civile demeure valide et régulière, même si elle comporte un objet accessoire, comme la découverte d'infractions d'évasion fiscale.

2.3. DECISION POST-TRILOGIE DE LA COUR SUPREME : LA REINE C. NOLET³⁶

2.3.1. Sens et portée de l'arrêt *Nolet*

L'arrêt *Nolet* est la seule décision d'importance de la Cour suprême interprétant la trilogie *Jarvis*, *Ling* et *Laroche*.

D'entrée de jeu, signalons que cet arrêt ne concerne aucunement l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ni l'exercice de pouvoirs par

³⁵ Par analogie, on peut noter l'énoncé n° 99 des normes de vérification des comptes externes américains (AMERICAN INSTITUTE OF CERTIFIED PUBLIC ACCOUNTANTS, *Statement on Auditing Standards (SAS) No. 99*, par. 76) :

« Professional skepticism is an attitude that includes a questioning mind and a critical assessment of audit evidence. The auditor should conduct the engagement with a mindset that recognizes the possibility that a material misstatement due to fraud could be present, regardless of any past experience with the entity and regardless of the auditor's belief about management's honesty and integrity. Furthermore, professional skepticism requires an ongoing questioning of whether the information and evidence obtained suggest that a material misstatement due to fraud has occurred. » (Notre soulignement)

³⁶ [2010] 1 R.C.S. 851 (« *Nolet* »).

un fonctionnaire comme, par exemple, un vérificateur fiscal. Plus précisément, l'affaire *Nolet* porte sur l'étendue des pouvoirs policiers pour immobiliser et fouiller un véhicule en vertu du *Code de la sécurité routière*. L'utilisation de ces pouvoirs, aux fins d'application du *Code de la sécurité routière* par des policiers, avait, en l'espèce, mené à la découverte de stupéfiants dans l'habitacle d'un camion semi-remorque.

Contrairement aux affaires *Jarvis* et *Ling*, la cause *Nolet* concernait donc l'examen de pouvoirs exercés par des personnes investies du devoir d'enquêter sur des crimes (par exemple, des policiers), utilisant des pouvoirs dont la seule finalité était la découverte d'**infractions** pénales au *Code de la sécurité routière*³⁷.

Devant la Cour suprême du Canada, l'accusé Nolet a plaidé que les policiers avaient violé les principes établis par l'arrêt *Jarvis*. Selon la Cour, l'accusé avait invoqué à tort et à travers l'arrêt *Jarvis*. Car, pour réussir à « franchir le Rubicon » de l'arrêt *Jarvis*, il aurait fallu passer d'un litige **civil** à un recours de nature **pénale**. Malheureusement pour l'accusé, cela n'avait pas été le cas puisque le contexte juridique dans lequel les policiers avaient exercé les pouvoirs du *Code de la sécurité routière* était demeuré pénal du début à la fin. Ainsi, contrairement à la situation qui avait prévalu dans l'affaire *Jarvis*, la rivière « Rubicon » n'avait jamais été traversée³⁸. Pour ce motif, la Cour a refusé d'appliquer les principes *Jarvis* à cette affaire.

³⁷ Voir, par exemple, le paragraphe 63(5) de *The Highways and Transportation Act, 1997*, S.S. 1997, ch. H-3.01, examiné par la Cour :

« (5) L'agent de la paix [...] qui a des motifs raisonnables de croire qu'un véhicule est utilisé **en contravention** [...] d'un règlement d'application des sous-alinéas 69(1)v) à oo), peut :

a) demander ou faire signe à la personne qui conduit le véhicule ou qui en a la charge d'immobiliser le véhicule;

b) **fouiller le véhicule afin de chercher des éléments de preuve relatifs à une infraction**;

c) **saisir tout ce qui pourrait constituer un élément de preuve relatif à une infraction**. » (Notre soulignement)

³⁸ *Nolet*, précité, note 36, par. 45.

2.3.2. Effet de l'arrêt *Nolet* sur la trilogie *Jarvis, Ling et Laroche* et utilisation des pouvoirs de la *Loi de l'impôt sur le revenu*

En soi, la *ratio* de l'arrêt *Nolet* n'a aucun effet direct et apparent sur l'utilisation des pouvoirs de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, car cette décision ne fait que mettre en relief les conditions préalables à l'application des principes *Jarvis* à des domaines autres que l'impôt³⁹.

Malgré ce constat, l'arrêt *Nolet* est quelque peu utile pour comprendre le sens et la portée de la trilogie *Jarvis, Ling et Laroche*. En quoi? En y énonçant que le test de l'objet prédominant, préconisé par la trilogie, ne s'appliquerait qu'à compter du moment où le fonctionnaire, qui demande des renseignements et documents à des fins à prédominance **civile**, commencerait à les « [...] envisager sous *un jour différent* [...] », c'est-à-dire à des fins à prédominance **criminelle**⁴⁰.

3. INTERPRÉTATION ET APPLICATION DE L'ARRÊT *JARVIS* ET AUTRES PAR LES TRIBUNAUX INFÉRIEURS : LES TENDANCES ET LES ÉCLAIRCISSEMENTS

Les tribunaux ont été aux prises avec les principes *Jarvis* à au moins une centaine d'occasions. En plus des affaires à caractère fiscal, des causes sont issues de plusieurs autres domaines, comme les accidents de travail et les pêches. Un examen de l'ensemble de cette jurisprudence fournit des éclaircissements et permet de déceler des tendances.

³⁹ Dans l'arrêt *Jarvis*, la Cour suprême a souligné que les principes énoncés pouvaient s'appliquer, *mutatis mutandis*, à des pouvoirs semblables prévus par d'autres lois : *Jarvis*, précité, note 2, par. 94.

Pour une application récente des principes de l'arrêt *Nolet* à un contexte « toujours pénal », voir la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *La Reine c. Mission Western Developments Ltd.*, 2012 BCCA 167, consistant en une affaire concernant des infractions à la *Loi sur les pêches*. Voir au sujet de l'affaire *Mission Western Developments* la section 2.3. du texte « Dix ans après l'arrêt *Jarvis* : où en sommes-nous? » publié dans le présent numéro de la *Revue de planification fiscale et financière*.

⁴⁰ *Nolet*, précité, note 36, par. 45.

3.1. L'ÉRECTION D'UN MUR DE CHINE ENTRE LA VÉRIFICATION ET LES ENQUÊTES N'EST PAS NÉCESSAIRE EN CAS D'ENQUÊTE ET DE VÉRIFICATION SIMULTANÉES

D'après l'arrêt *Jarvis*, le fisc peut mener une enquête criminelle parallèlement à une vérification civile, sans enfreindre les droits constitutionnels du contribuable⁴¹.

Une telle enquête criminelle menée simultanément n'exige pas l'érection d'un pare-feu entre les sections de la vérification et des enquêtes. Ainsi, même si le « Rubicon » a été franchi, la vérification peut communiquer aux enquêtes des renseignements régulièrement obtenus par elle, à la condition que les renseignements transmis n'aient pas été obtenus en utilisant les pouvoirs civils de contrainte⁴².

3.2. CONTRAINDRE APRES LE DEBUT DE L'ENQUETE LA PRODUCTION DE RENSEIGNEMENTS DEMANDES AVANT LE DEBUT DE L'ENQUETE

La Cour du Québec et la Cour supérieure du Québec ont décidé que le vérificateur pouvait, après avoir franchi le « Rubicon », contraindre la production de renseignements non fournis qui avaient été demandés avant le début de l'enquête, à la condition « que l'obtention par le vérificateur des renseignements [...] s'inscrivait dans un "continuum" ou dans la foulée du travail de vérification civile du vérificateur [...] »⁴³.

⁴¹ *Jarvis*, précité, note 2, par. 97 :

« Le critère de l'objet prédominant n'empêche pas l'ADRC de mener parallèlement une enquête criminelle et une vérification administrative. Le fait que l'ADRC enquête sur la responsabilité pénale d'un contribuable n'écarte pas la possibilité que soit menée simultanément une enquête dont l'objet prédominant consiste à évaluer l'obligation fiscale du même contribuable. »

⁴² *La Reine c. Mercer*, 2005 NLCA 10, par. 39 (arrêt considéré dans *Nolet*, précité, note 36, par. 119).

⁴³ *La Reine c. St-Germain Transport ltée, Gestions SGT ltée et Roger Coderre*, C.Q. Drummondville, n° 405-73-000244-044, 30 janvier 2007, j. Beauchemin (« *St-Germain Transport* »), par. 149; *Centre de traitement imagerie virtuelle c. MRQ*, [2005] CarswellQue 572 (C.S.), par. 47, appel rejeté pour d'autres motifs, 2007 QCCA 921.

3.3. LE MOMENT AUQUEL IL FAUT FAIRE APPEL AUX SEPT FACTEURS JARVIS POUR DETERMINER QUE LE RUBICON A ETE FRANCHI

L'arrêt *Jarvis* dresse sept facteurs pour déterminer si l'« objet prédominant » est devenu l'enquête criminelle⁴⁴. Cette énumération n'est pas exhaustive⁴⁵.

Ce ne sera qu'en l'absence d'une décision claire que le juge de première instance examinera tous les « facteurs *Jarvis* » pour déterminer si l'objet prédominant était d'établir la responsabilité pénale du contribuable (franchir le « Rubicon »)⁴⁶. Autrement dit, s'il est clair que la décision engage une enquête criminelle, l'examen des facteurs *Jarvis* ne sera pas entrepris⁴⁷.

3.4. AUCUN NOUVEAU FACTEUR POUR DETERMINER QUE LE RUBICON A ETE FRANCHI

Tel qu'il a été mentionné, la Cour suprême a énoncé sept facteurs *Jarvis*, tout en précisant que l'énumération n'était pas exhaustive⁴⁸. Depuis que la décision *Jarvis* a été rendue (2002), plus d'une centaine de décisions publiées l'ont considérée. Aucune décision n'a ajouté un « nouveau » facteur à la liste « d'épicerie » de la Cour suprême.

3.5. L'APPLICATION DES FACTEURS JARVIS ET COMMENT LES TRIBUNAUX DETERMINENT GENERALEMENT QUE LE RUBICON A ETE FRANCHI

En l'absence d'une décision claire, ce sont les facteurs *Jarvis* qui permettront de déterminer si la rivière « Rubicon » a été traversée.

⁴⁴ Les sept facteurs sont énumérés au paragraphe 94.

⁴⁵ *Jarvis*, précité, note 2, par. 94.

⁴⁶ *MRN c. Ellingson*, 2006 CAF 202 (« *Ellingson* »), par. 14-15, demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada refusée, 363 N.R. 392 (note); *Kligman*, précité, note 21, par. 13, 27, 44, 49 et 58.

⁴⁷ L'arrêt *Kligman*, précité, note 21, est un exemple d'un cas où la décision était claire. Voir au sujet de cette cause la section 3. du texte « Dix ans après l'arrêt *Jarvis* : où en sommes-nous? » publié dans le présent numéro de la *Revue de planification fiscale et financière*.

⁴⁸ *Jarvis*, précité, note 2, par. 94.

En théorie, les sept facteurs *Jarvis* sont censés être de valeur égale⁴⁹.

En pratique, les tribunaux accordent une valeur prépondérante à certains de ces facteurs. Ces facteurs ayant une valeur ajoutée sont les suivants :

- l'existence de motifs raisonnables de croire à la commission d'une infraction⁵⁰;
- le renvoi aux Enquêtes⁵¹;
- le fait que la preuve demandée est uniquement pertinente à la détermination de la responsabilité pénale⁵²;

⁴⁹ *Id.*; *Lempen c. La Reine*, 2008 NBCA 86, par. 15.

⁵⁰ *La Reine c. Canada Brick*, [2005] CarswellOnt 3107 (C.S. Ont.), par. 157(11); *La Reine c. Campbell*, [2005] CarswellBC 3655 (C. prov. C.-B.), par. 56; *Nova Scotia (Dept. Environment) c. Nova Scotia (Dept. Transportation)*, 2006 NSPC 39 (« *Nova Scotia* »), par. 50; *La Reine c. Lowe*, [2007] CarswellNfld 426 (C. prov. T.-N.), par. 25 et 27; *La Reine c. Landen*, 2007 ONCJ 531 (« *Landen* »), par. 73; *La Reine c. Lombardo*, [2011] CarswellBC 1936 (C. prov. C.-B.) (« *Lombardo* »), par. 40 à 50 et 88.

Quant à l'existence de motifs raisonnables de croire, nous tenons à signaler les circonstances inusitées de la cause *Lombardo*, précitée. Après 55 jours d'audition dans une affaire de garde d'enfants, la Cour a rendu un jugement énonçant que le contribuable avait commis de l'évasion fiscale (impôt et TPS). Sur la foi de ce jugement, l'Agence du revenu du Canada a soumis le contribuable à une vérification civile, laquelle a mené subséquentement à une enquête et une poursuite criminelle pour évasion fiscale. Le juge du procès criminel a accepté que les motifs du jugement relatif à la garde d'enfants, lesquels concluaient à la commission d'infractions d'évasion fiscale par l'accusé, établissent que les vérificateurs avaient amorcé la vérification du contribuable parce qu'ils avaient des motifs raisonnables de croire à la commission d'infractions d'évasion fiscale : *Lombardo*, par. 40 à 50 et 88.

⁵¹ *La Reine c. Tiffin*, 2008 ONCA 306, par. 166, requête en cassation d'appel accueillie et appel rejeté [2008] CarswellOnt 7870 (C.S.C.) (« *Tiffin* »); *La Reine c. Bjellebo*, [2003] CarswellOnt 3955 (C.A. Ont.) (« *Bjellebo* »), par. 6; *St-Germain Transport*, précité, note 43, par. 89. Pour plus de détails sur les affaires *Tiffin* et *Bjellebo*, voir les sections 6.2. et 5.1. du texte « Dix ans après l'arrêt *Jarvis* : où en sommes-nous? » publié dans le présent numéro de la *Revue de planification fiscale et financière*.

⁵² *La Reine c. Brigham*, 2007 ONCJ 445 (« *Brigham* »), par. 23; *La Reine c. Caul*, 2008 ONCJ 353 (« *Caul* »), par. 22; *La Reine c. Jupp*, 2011 ONSC 3227 (« *Jupp* »), par. 20 et 23.

- la conduite du vérificateur était assimilable à celle d'un enquêteur (par exemple, être à la recherche d'un coupable)⁵³.

3.6. L'EFFET D'UN REJET D'UN RENVOI AUX ENQUÊTES

Comme il a été mentionné, le fait qu'un vérificateur renvoie son dossier aux Enquêtes constitue un facteur (important) démontrant qu'il l'envisage dorénavant comme une cause criminelle.

Or, ce ne sont pas tous les dossiers renvoyés aux Enquêtes qui sont acceptés par cette division. En cas de refus, la perception qu'avait le vérificateur (et son administration fiscale) d'envisager son dossier comme une affaire criminelle pourrait, selon les circonstances⁵⁴, s'estomper avec le rejet⁵⁵.

3.7. QUI DOIT ETABLIR UNE VIOLATION JARVIS, QUEL EST SON FARDEAU ET QUE DOIT-IL PROUVER?

Le fardeau d'établir que le « Rubicon » a été franchi incombe au requérant (accusé) sur une prépondérance des probabilités⁵⁶.

Selon la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Tiffin*, le juge du procès n'a pas à évaluer s'il s'agissait ou non d'une vérification civile, car le critère de l'« objet prédominant » aurait été spécialement conçu pour l'aider à déterminer si le fisc menait principalement une enquête d'évasion fiscale.

⁵³ *La Reine c. Kooktook*, 2006 NUCA 3, par. 86; *Landen*, précité, note 50, par. 73; *Nova Scotia*, précité, note 50, par. 51 à 58.

Soulignons que le simple fait pour un vérificateur de constater un écart entre les revenus gagnés et les revenus déclarés sera généralement insuffisant pour franchir le « Rubicon ». Ainsi, dans l'exercice légitime de ses fonctions de vérificateur, il peut questionner le contribuable pour qu'il explique l'écart, sans que cela contrevienne aux principes *Jarvis* : *Brigham*, précité, note 52, par. 23; *Caul*, précité, note 52, par. 22; *Jupp*, précité, note 52, par. 20, 23 et 26.

⁵⁴ Par exemple, cela ne sera pas le cas si la preuve démontre que le rejet n'a été qu'un subterfuge pour permettre au vérificateur de continuer à vérifier pour le compte des Enquêtes.

⁵⁵ *Tiffin*, précité, note 51, par. 166; *St-Germain Transport*, précité, note 43, par. 89 à 91.

⁵⁶ *Ellingson*, précité, note 46, par. 18; *Animalerie Dyno Inc. c. MRQ*, 2008 QCCQ 3170, par. 26. Pour plus de détails sur l'affaire *Ellingson*, voir la section 6.1. du texte « Dix ans après l'arrêt *Jarvis* : où en sommes-nous? » publié dans le présent numéro de la *Revue de planification fiscale et financière*.

Ainsi, il n'est pas nécessaire pour le juge, dans son appréciation de la preuve, de conclure qu'il s'agissait, principalement, d'une vérification civile véritable⁵⁷.

Pour réussir, la preuve de l'« objet prédominant » d'établir la responsabilité pénale de l'accusé devra être évidente. À défaut, le tribunal devra retenir qu'il s'agissait plutôt d'une vérification régulière⁵⁸.

3.8. LES PRINCIPES *JARVIS* NE S'APPLIQUENT QU'AUX INFRACTIONS DE NATURE CRIMINELLE

Les principes *Jarvis* ne s'appliqueraient pas aux infractions réglementaires, comme celles de l'article 238 L.I.R.⁵⁹ Ainsi, seules les infractions criminelles, comme l'évasion fiscale (art. 239 L.I.R.), seraient visées⁶⁰.

CONCLUSION

Les décisions rendues depuis 10 ans répondent à certaines questions que la trilogie *Jarvis*, *Ling* et *Laroche* soulève, mais pas à la plus importante, soit celle concernant l'étendue exacte des principes en matière de protection contre l'auto-incrimination.

⁵⁷ *Tiffin*, précité, note 51, par. 123. Pour plus de détails sur cette affaire, voir la section 6.2. du texte « Dix ans après l'arrêt *Jarvis* : où en sommes-nous? » publié dans le présent numéro de la *Revue de planification fiscale et financière*.

⁵⁸ *Tiffin*, précité, note 51, par. 125 et 126. Au même effet, voir aussi *Jarvis*, précité, note 2, au point 2 du par. 99.

⁵⁹ *Jackson c. Vaughan (City)*, [2009] CarswellOnt 1490 (C.S. Ont.), par. 124, conf. par [2010] CarswellOnt 807 (C.A. Ont.), par. 40. L'article 238 L.I.R. sanctionne des défauts de se conformer à certaines obligations prévues par la *Loi de l'impôt sur le revenu* : à titre d'exemple, le défaut d'obtempérer à une demande de production de déclaration de revenus ou le défaut de remettre des retenues à la source. Les peines applicables en cas d'infraction à l'article 238 sont beaucoup moins sévères que celles de l'évasion fiscale (par. 239(1) à 239(2) L.I.R.), examinées par la Cour suprême dans l'arrêt *Jarvis*, précité, note 2. Aux termes de l'article 238 L.I.R., l'emprisonnement ne peut excéder un an, comparativement à cinq ans pour l'évasion fiscale.

⁶⁰ Ce constat soulève l'épineuse question suivante : mais comment identifier et distinguer une infraction criminelle d'une infraction réglementaire? Pour une discussion jurisprudentielle – malheureusement, insatisfaisante – sur cette question, voir les motifs des juges Cory et L'Heureux-Dubé dans l'affaire *La Reine c. Wholesale Travel Group*, [1990] 3 R.C.S. 154, rendue en matière de concurrence (infraction de fausses représentations publicitaires).

Que la Cour suprême du Canada ait écarté sans discussion, sciemment ou non, ses enseignements antérieurs en matière d'auto-incrimination⁶¹, pour y conclure, comme elle l'a fait dans les arrêts *Jarvis* et *Ling*, qu'une demande péremptoire demandant à un « tiers »⁶² de produire des documents « préexistants »⁶³ avait pour conséquence de contrevenir au principe interdisant l'auto-incrimination, suscite, comme l'a relevé le juge Romilly dans l'affaire *Wilder*⁶⁴ en 2003, plus de questionnements que de réponses. Il est évident que ce sujet mériterait à lui seul que les tribunaux s'y penchent avec aplomb.

⁶¹ *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *La Reine c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154; *British Columbia Securities Commission*, précité, note 28. L'arrêt *La Reine c. D'Amour*, [2002] CarswellOnt 2603 (C.A. Ont.), par. 37, résume assez bien ces enseignements antérieurs de la Cour suprême :

« Documents that exist prior to, and independent of, any state compulsion do not, however, constitute evidence “created” by the person required to produce those documents. With certain narrow exceptions, neither the compelled production of such documents, attracts the protection of the principle against self-incrimination: *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation & Research)* (1990), 54 C.C.C. (3d) 417 (S.C.C.), per Sopinka J. at pp. 554-56, per L'Heureux-Dubé J. at pp. 538-39; *British Columbia (Securities Commission) v. Branch* (1995), 97 C.C.C. (3d) 505 (S.C.C.), at 524-25; *R. v. Fitzpatrick*, (1995), 102 C.C.C. (3d) 144 (S.C.C.), at pp. 154-55; *R. v. Jarvis* (2000), 149 C.C.C. (3d) 498 (Alta. C.A.), at 510-13, leave to appeal to S.C.C. granted (S.C.C.). »

⁶² Il s'agissait de banques et de maisons de courtage en valeurs mobilières.

⁶³ Il s'agissait de documents bancaires.

⁶⁴ Précité, note 1, par. 33, 34 et 35. À titre de rappel, les observations du juge Romilly dans l'affaire *Wilder* sont exposées à notre préambule et mise en contexte.

FISCALITÉ DES ÉPOUX, CONJOINTS DE FAIT, PERSONNES SÉPARÉES OU DIVORCÉES



Luc Lacombe
FCPA, FCA, M. Fisc.
Raymond Chabot Grant
Thornton s.e.n.c.r.l.

PRÉCIS

Les règles fiscales sont souvent fort différentes d'un palier de gouvernement à un autre en ce qui a trait aux crédits d'impôt disponibles en matière familiale. L'auteur fait état de ces différences tout en examinant les conséquences fiscales qu'il y a de vivre seul ou en couple. Il analyse aussi les incidences fiscales de la rupture d'une union et celles de la « bigamie fiscale », soit la possibilité d'avoir plus d'un conjoint fiscal.

L'auteur se demande s'il est plus avantageux, d'un point de vue fiscal, de vivre seul ou en couple. Il arrive à la conclusion que bien que le célibat procure des avantages fiscaux particuliers, surtout dans le cas d'une personne monoparentale, la vie commune comporte aussi des avantages fiscaux parfois.

L'auteur traite du moment de la rupture qui diffère selon que les personnes sont mariées, en union civile ou conjoints de fait. Il traite enfin de

l'entente de séparation qui, bien rédigée, doit prévoir les conséquences fiscales négatives pouvant survenir.

ABSTRACT

Tax rules regarding available family tax credits often differ from a level of government to another. The author points out these differences while considering the impact of living either alone or as a couple. He also analyzes the impact resulting from the breakdown of a marriage or union and the “tax bigamy”.

The author examines whether it is more advantageous to live alone than to live as a couple. Although celibacy provides additional tax benefits, especially for a single parent, sometimes living as a couple also includes benefits.

Moreover, the author discusses the difference between the moment of the breakdown of a marriage of married persons and the moment of the breakdown of a civil union or of an union of *de facto* spouses (common law partners). He also explains the importance of a well drafted separation agreement to predict negative tax implications that may arise.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	757
1. INCIDENCES FISCALES DE VIVRE SEUL OU EN COUPLE.....	757
1.1. CRÉDIT POUR ÉPOUX OU CONJOINT DE FAIT	759
1.2. CRÉDIT POUR PERSONNE À CHARGE ADMISSIBLE (ANCIENNEMENT ÉQUIVALENT POUR CONJOINT) ET CRÉDIT POUR FAMILLE MONOPARENTALE	761
1.3. TRANSFERT AU CONJOINT DE CERTAINS CRÉDITS D'IMPÔT INUTILISÉS	762
1.4. CRÉDIT D'IMPÔT INUTILISÉ POUR FRAIS DE SCOLARITÉ, POUR ÉTUDES ET POUR MANUELS.....	762
1.5. CRÉDIT POUR FRAIS MÉDICAUX	762
1.6. SUPPLÉMENT REMBOURSABLE POUR FRAIS MÉDICAUX	763
1.7. FRAIS DE GARDE D'ENFANTS	763
1.8. CRÉDIT D'IMPÔT REMBOURSABLE POUR AIDANTS NATURELS	764
1.9. PRESTATION FISCALE POUR ENFANTS	765
1.10. PRESTATION UNIVERSELLE POUR LA GARDE D'ENFANTS	766
1.11. CRÉDIT DE TPS.....	766
1.12. FRACTIONNEMENT DU REVENU DE PENSION	767
1.13. PRESTATION FISCALE POUR LE REVENU DE TRAVAIL	767
1.14. TRANSFERT AU CONJOINT DE CERTAINS CRÉDITS D'IMPÔT NON UTILISÉS.....	768
1.15. CRÉDIT D'IMPÔT ACCORDÉ EN RAISON DE L'ÂGE POUR PERSONNE VIVANT SEULE OU POUR REVENUS DE RETRAITE	768
1.16. CONTRIBUTION SANTÉ – ASSURANCE MÉDICAMENTS.....	769
1.17. CRÉDIT D'IMPÔT POUR LA SOLIDARITÉ	769
1.18. SOUTIEN AUX ENFANTS	770
1.19. RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-RETRAITE.....	770
1.20. RÉSIDENCE PRINCIPALE	771
1.21. PENSION DE VIEILLESSE ET SUPPLÉMENT DE REVENU GARANTI.....	771
1.22. CONCLUSION	771
2. RUPTURE	772
2.1. MOMENT DE LA RUPTURE	772
2.2. PARTAGE DES BIENS	773
2.2.1. Résidence principale.....	773
2.2.2. Copropriété de la résidence	775
2.3. RÈGLES D'ATTRIBUTION.....	775
2.4. PARAGRAPHE 73(1) L.I.R.	778
2.5. REÉR – PARAGRAPHE 146(16) L.I.R.	779

2.6.	FERR – PARAGRAPHE 146.3(14) L.I.R.....	779
2.7.	RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-ÉTUDES.....	780
2.8.	ARTICLE 160 L.I.R.	780
2.9.	CONTRIBUTIONS AU REÉR DU CONJOINT ET TRANSFERT	781
2.10.	RÈGLES TRANSITOIRES – SOCIÉTÉ À BUT UNIQUE ÉTABLIE POUR DÉTENIR UN IMMEUBLE AUX ÉTATS-UNIS	782
2.11.	ACTIONS ADMISSIBLES DE PETITE ENTREPRISE	782
2.12.	PENSION ALIMENTAIRE	783
	2.12.1. Honoraires professionnels	783
	2.12.2. Impact de la pension alimentaire.....	785
2.13.	CONCLUSION	786
3.	BIGAMIE FISCALE	786
3.1.	PRESTATION CONSÉCUTIVE AU DÉCÈS	787
3.2.	REÉR.....	787
3.3.	RÉSIDENCE PRINCIPALE	787
3.4.	MALADIE.....	787
	CONCLUSION	788
	ANNEXE.....	789
	SCÉNARIO 1.....	790
	SCÉNARIO 2.....	791
	SCÉNARIO 3.....	793

INTRODUCTION

Après avoir passé en revue le volet juridique de plusieurs notions, telles que celles traitant des conjoints mariés et des conjoints de fait, ainsi que les pièges y afférents¹, nous évoquerons dans le présent texte trois volets de nature fiscale touchant les personnes vivant seules ou en couple, la rupture et la « bigamie fiscale ».

1. INCIDENCES FISCALES DE VIVRE SEUL OU EN COUPLE

Les règles fiscales sont souvent fort différentes d'un palier de gouvernement à un autre en ce qui a trait aux divers crédits d'impôt disponibles pour les personnes vivant seules ou en couple.

D'un point de vue fiscal, au fédéral, plusieurs éléments peuvent être touchés par ce changement de statut. Nous n'avons qu'à penser aux déductions, prestations et crédits suivants :

Fédéral

- Le crédit pour époux ou conjoint de fait;
- le crédit pour personne à charge admissible (anciennement l'équivalent pour conjoint);
- le transfert au conjoint de certains crédits d'impôt inutilisés;
- les crédits pour aidants naturels;
- les frais de garde d'enfants;
- les crédits pour frais médicaux;
- le supplément remboursable pour frais médicaux;

¹ Voir le texte de Lynne KASSIE et Benjamin PRUD'HOMME, « Partie A – Les faits sur l'union de fait au Québec : l'affaire *Éric c. Lola* », dans *Congrès 2012*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2013 et celui de Hélène MARQUIS, « Partie B – La fiscalité des couples avant, pendant et après leur vie ensemble », dans *Congrès 2012*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2013.

- le crédit pour dons de bienfaisance (possibilité de regrouper des dons avec le conjoint);
- le transfert des crédits pour personne handicapée;
- le transfert des crédits pour frais de scolarité, pour études et pour manuels;
- la prestation universelle pour garde d'enfants (« PUGE »);
- la prestation fiscale pour enfants;
- le crédit pour la taxe sur les produits et services (« TPS »);
- le supplément de revenu garanti (« SRG »);
- les frais de déménagement;
- le crédit pour frais d'adoption;
- la prestation fiscale pour le revenu de travail;
- le fractionnement du revenu de pension.

Provincial

- Le mécanisme de transfert des crédits inutilisés du conjoint;
- le transfert du remboursement d'impôt au conjoint;
- le transfert du crédit inutilisé par un enfant majeur aux études;
- le crédit accordé en raison de l'âge pour personne vivant seule ou pour revenus de retraite;
- le crédit pour frais médicaux;
- le crédit remboursable pour frais médicaux;
- le crédit remboursable pour aidants naturels d'une personne majeure;

- la cotisation au régime d'assurance médicaments (réduite selon la situation);
- le crédit d'impôt pour la solidarité;
- le crédit d'impôt remboursable pour frais de garde d'enfants;
- la contribution au fonds de santé (réduite selon le revenu);
- le crédit remboursable pour le traitement de l'infertilité;
- le soutien aux enfants;
- la prime au travail;
- le crédit d'impôt remboursable pour frais d'adoption;
- le crédit pour dons de bienfaisance;
- les frais de déménagement;
- le fractionnement du revenu de pension;
- le crédit d'impôt pour frais de relève donnant un répit aux aidants naturels d'une personne majeure;
- le crédit remboursable pour maintien à domicile d'une personne âgée.

Le fait de vivre seul ou en couple peut entraîner de nombreuses incidences fiscales.

Attardons-nous maintenant à certains de ces éléments en comparant le statut d'une personne vivant seule avec celui d'une personne vivant en couple.

1.1. CRÉDIT POUR ÉPOUX OU CONJOINT DE FAIT

Lorsque vous avez un conjoint, vous pourriez avoir droit à un crédit pour époux ou conjoint de fait si ce dernier a gagné peu de revenus au cours de l'année.

Dans l'année d'une séparation, il est intéressant de noter que l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») est venue nous indiquer² que le revenu net du conjoint durant la période de séparation n'a pas à être inclus dans le calcul du revenu net aux fins du calcul du montant pour époux ou conjoint de fait lorsqu'il y a une séparation durant l'année et qu'il n'y a pas de réconciliation au cours de la même année. En conséquence, lors du changement de statut, seul le revenu avant la séparation doit être pris en compte. Dans le cas d'un changement de statut où la personne devient un conjoint, c'est le revenu net total de l'année qui doit être utilisé.

Dans le cas de conjoints de fait qui se sont séparés pour une période d'au moins 90 jours consécutifs durant l'année et qui ont par la suite repris vie commune, il faudra attendre une autre période de 12 mois afin de les considérer de nouveau comme étant des conjoints de fait, à moins qu'un enfant ne soit issu de leur union. Par conséquent, le revenu gagné après la réconciliation dans la même année ne devrait pas être pris en compte puisqu'ils ne sont pas encore considérés comme des conjoints de fait (à moins d'avoir eu un enfant).

À titre d'exemple, prenons le cas où deux conjoints de fait se séparent le 14 février et qu'une réconciliation a lieu le 23 juin, puisque la séparation a duré plus de 90 jours, seuls les revenus gagnés du conjoint entre le 1^{er} janvier et le 14 février seront pris en considération dans le calcul du crédit d'impôt pour époux ou conjoint de fait. Dans la situation où il y aurait un enfant provenant de leur union, puisque la règle des 12 mois n'est pas applicable, ce sont les revenus gagnés entre le 1^{er} janvier et le 14 février ainsi que ceux gagnés entre le 23 juin et le 31 décembre qui doivent être pris en compte dans le calcul du crédit.

Pour ce qui est de la détermination du moment où il y a cessation de la vie commune et du moment de la réconciliation, tout est une question de fait. Dans le cas d'un couple sans enfant dont le conjoint n'a pas de revenu ou a des revenus très minimes, le montant pour époux ou conjoint de fait est fiscalement très avantageux.

² AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0114117, 18 janvier 2002.

1.2. CRÉDIT POUR PERSONNE À CHARGE ADMISSIBLE (ANCIENNEMENT ÉQUIVALENT POUR CONJOINT) ET CRÉDIT POUR FAMILLE MONOPARENTALE

Ce crédit est disponible si toutes les conditions suivantes sont respectées :

- le particulier n'est pas marié ou il ne vit pas avec son conjoint et il ne demande pas de crédit pour conjoint;
- s'il tient un établissement domestique autonome et vit avec une personne à charge;
- s'il subvient aux besoins d'une personne à charge.

Dans l'année d'un changement de statut, soit par un divorce ou la cessation d'une union de fait, il est possible d'effectuer un choix de réclamer soit le montant pour conjoint ou le montant pour personne à charge admissible, sauf si le particulier réclame la déduction d'une pension alimentaire versée au bénéfice de l'ancien conjoint³.

Au Québec, cette personne pourra réclamer le crédit pour famille monoparentale. Comme son nom l'indique, pour réclamer ce crédit, la personne doit être célibataire, divorcée, séparée ou veuve et avoir un ou plusieurs enfants à sa charge. Au Québec, il faut respecter les trois critères suivants, soit :

- ne pas avoir de conjoint;
- si vous en avez un, vous ne devez pas vivre avec lui et il ne faut pas subvenir à ses besoins;
- il ne faut pas vivre maritalement avec une autre personne.

³ À ce sujet, vous pouvez vous référer au livre de Yves CHARTRAND, *Les déclarations fiscales de 2011*, chapitre D, pp. D-1 à D-73, préparé par le Centre québécois de formation en fiscalité (« CQFF »), qui fait une analyse détaillée de ces différentes situations.

1.3. TRANSFERT AU CONJOINT DE CERTAINS CRÉDITS D'IMPÔT INUTILISÉS

Le transfert des crédits d'impôt inutilisés au conjoint est permis si le contribuable a eu un conjoint à un moment donné de l'année, sauf si les conjoints vivent séparés à la fin de l'année pour cause de l'échec du mariage ou de l'union de fait, pour une période d'au moins 90 jours commençant dans l'année pour laquelle le transfert des crédits serait demandé. Ainsi, dans une situation de maladie, si les conjoints vivent séparés, le transfert des crédits sera toujours possible puisque cette séparation n'est pas due à un échec du mariage ou de l'union de fait.

Il est important lors de l'analyse des dispositions législatives de vérifier si le texte de loi fait référence à l'expression « échec du mariage » ou non. Dans certaines situations, la législation n'y fait pas référence.

1.4. CRÉDIT D'IMPÔT INUTILISÉ POUR FRAIS DE SCOLARITÉ, POUR ÉTUDES ET POUR MANUELS

Les crédits non utilisés d'un conjoint peuvent être transférés à l'autre conjoint. Les crédits d'impôt pour frais de scolarité, pour études et pour manuels de votre enfant, ou ceux de votre conjoint, peuvent également vous être transférés au cours de la même année. Le fait de vivre en couple dans cette situation apporte donc un avantage afin d'utiliser au maximum ces différents crédits d'impôt inutilisés par les enfants, car ces derniers peuvent être utilisés par un plus grand nombre de personnes. Il y a donc un avantage d'être un conjoint.

1.5. CRÉDIT POUR FRAIS MÉDICAUX

Le calcul des frais médicaux au fédéral et au Québec comporte une différence significative. Au Québec, on doit tenir compte du revenu familial des conjoints pour l'année. Ainsi, les frais médicaux doivent être réduits de 3 % du revenu familial net. Le crédit d'impôt est de 20 % du montant ainsi réduit. Devenir conjoint avant le 31 décembre peut donc avoir un impact significatif au Québec.

Dans le cas d'une séparation avant le 31 décembre, seul le revenu du contribuable devra être considéré aux fins du calcul des frais médicaux au Québec. Vivre en couple est donc un inconvénient fiscal à ce niveau (à moins que le conjoint n'ait très peu de revenus). Le changement de statut entraîne bien souvent la perte de ce crédit au provincial.

Au fédéral, il n'y a aucun inconvénient d'être conjoint, puisque les frais médicaux sont réduits du moindre de 3 % du revenu net du contribuable qui réclame les frais ou du plafond de 2 052 \$ en 2011⁴. Ainsi, le revenu d'un seul des conjoints est pris en compte. Il peut même y avoir un avantage fiscal d'avoir un conjoint, puisqu'il permet de réclamer les frais médicaux engagés par le conjoint et de choisir le conjoint ayant le revenu le plus bas des deux pour réduire la franchise de 3 %.

1.6. SUPPLÉMENT REMBOURSABLE POUR FRAIS MÉDICAUX

Pour avoir droit au crédit d'impôt remboursable des frais médicaux, le contribuable doit avoir un revenu modeste. Par contre, il faut un revenu d'emploi ou d'entreprise (un revenu actif qui exclut les avantages imposables) d'au moins 3 179 \$⁵ (ou 2 750 \$ au Québec) pour 2011. Le revenu familial au fédéral doit être inférieur à 24 108 \$ pour réclamer le plein montant et il est nul lorsque le revenu familial excède 45 588 \$ pour l'année 2011. Au Québec, le revenu familial doit être inférieur à 20 785 \$ et le crédit est nul lorsque le revenu familial atteint 42 005 \$.

Il n'est donc pas fiscalement avantageux d'être en couple si le revenu familial est supérieur à 40 000 \$.

Le changement de statut peut donc avoir une grande incidence sur ce supplément. La détermination du statut doit être faite au 31 décembre. Ainsi, en cas de séparation avant la fin de l'année civile, il faut vérifier si elle dure plus de 90 jours pour déterminer si le revenu du conjoint ou de l'ex-conjoint devra être pris en compte.

1.7. FRAIS DE GARDE D'ENFANTS

Le traitement fiscal des frais de garde comporte un bon nombre de différences entre le fédéral et le Québec. Ainsi, au fédéral, seule la personne qui a le revenu le moins élevé peut réclamer la déduction pour frais de garde, et ce, peu importe lequel des conjoints a payé les frais. Cette règle comporte quelques exceptions, notamment si le conjoint dont le revenu est le moins élevé est aux études à temps plein. Les frais de garde doivent être payés pour permettre au contribuable ou à son soutien d'occuper un emploi, d'exploiter une entreprise, d'exercer une profession ou d'étudier à temps plein.

⁴ Ce montant est indexé annuellement.

⁵ Ces montants sont indexés annuellement.

Le soutien doit vivre avec le contribuable à un moment durant l'année et au cours des deux premiers mois de l'année suivante. Par exemple, dans le cas d'une séparation ou d'un divorce en 2011, l'ex-conjoint ne sera pas considéré comme étant un soutien, dans la mesure où il n'y a pas reprise de la vie commune dans les deux premiers mois de 2012. Ainsi, dans l'exemple précédent, dans la mesure où il n'y a pas eu reprise de la vie commune, le contribuable qui a le revenu le plus élevé pourra réclamer les frais de garde.

Au Québec, les règles sont quelque peu différentes. En effet, les frais sont considérés comme un crédit d'impôt remboursable. Le crédit est calculé en fonction du revenu familial des conjoints. La définition de « conjoint » est toutefois la même que celle du fédéral, c'est-à-dire que le soutien doit vivre avec le contribuable à un moment donné au cours de l'année et au cours des deux premiers mois de l'année suivante.

Dans le cas d'une séparation au cours d'une année, et s'il n'y a pas reprise de vie commune durant les deux premiers mois de l'année suivante, il n'existe pas de conjoint relativement à ce crédit et, par conséquent, puisque l'on ne doit pas tenir compte du revenu de l'ex-conjoint, le crédit d'impôt sera alors supérieur.

Une autre différence importante est qu'il n'y a plus, au Québec, d'obligations d'avoir un revenu gagné (notamment, revenu d'emploi, revenu d'entreprise, rente d'invalidité de la Régie des rentes du Québec (« Régie »), montant venant du Régime de pensions du Canada, bourse d'études imposable ou subvention de recherche) pour être admissible à ce crédit d'impôt. Ainsi, si l'un des contribuables quitte son emploi, le crédit pourra être réclamé si les frais de garde permettent à l'autre conjoint d'occuper un emploi, d'exploiter un revenu d'entreprise, etc.

1.8. CRÉDIT D'IMPÔT REMBOURSABLE POUR AIDANTS NATURELS

Au fédéral, ce crédit est disponible pour un particulier qui tient à un moment donné, seul ou avec plusieurs autres personnes, un établissement domestique autonome qui est son lieu habituel de résidence et dans lequel il héberge un proche âgé de 65 ans ou plus, notamment, son père, sa mère, son grand-père ou sa grand-mère ou ceux de son conjoint.

Au Québec, il existe un crédit d'impôt remboursable pour aidants naturels. Pour être admissible au crédit, il faut héberger un proche admissible. L'expression « proche admissible » comprend les personnes suivantes : votre enfant, petit-fils et petite-fille, neveu et nièce, frère et sœur, père et mère, grand-père et grand-mère, oncle et tante, grand-oncle et

grand-tante, ascendants en ligne directe, et également toutes ces personnes par rapport à votre conjoint.

Dans le cas où le proche admissible est âgé de 70 ans ou plus, vous pouvez réclamer le crédit de base de 591 \$ en 2011 et celui-ci peut être bonifié si le proche admissible a un revenu inférieur ou égal à 21 505 \$. Dans le cas où le proche admissible est âgé de 18 ans ou plus mais n'a pas atteint 70 ans, le droit au crédit est conditionnel à ce que le proche soit atteint d'une déficience mentale ou physique. À cet égard, un formulaire doit être signé par un médecin ou un professionnel de la santé pour attester de la déficience⁶.

Depuis 2011, dans le cas où le proche admissible est le conjoint âgé, que vous cohabitez avec lui depuis au moins 365 jours consécutifs commençant dans l'année ou avant, si 183 jours appartiennent à l'année (quelques exceptions s'appliquent), seul le crédit de base peut être réclamé sans bonification.

Dans le cas des autres proches admissibles, la bonification du crédit peut être réclamée.

Dans la situation où vous êtes considéré comme étant en couple au cours d'une année donnée, nous pouvons donc considérer que vos beaux-parents pourraient être également des personnes admissibles qui pourraient vous permettre d'obtenir ce crédit pour aidant naturel. Il y aurait donc un avantage d'être en couple dans la situation où ce crédit pour aidant naturel ne pourrait être utilisé par votre nouveau conjoint qui vivait seul antérieurement.

1.9. PRESTATION FISCALE POUR ENFANTS

La prestation fiscale pour enfants varie selon le nombre d'enfants et selon le revenu net familial. Ainsi, un changement d'état civil a donc un effet sur la prestation fiscale. Les prestations de janvier et juin 2011 tiennent compte du revenu familial net de 2009 et les prestations de juillet 2011 à juin 2012 sont calculées en fonction du revenu familial net de 2010. Par contre, le Budget fédéral de 2011⁷ a annoncé des modifications importantes qui

⁶ Formulaire TP-752.0.14.

⁷ Les paragraphes 122.62(5) à 122.62(7), modifiés par le deuxième projet de loi d'exécution du Budget de 2011, obligent maintenant les particuliers qui reçoivent la prestation fiscale canadienne pour enfants (PFCE) à aviser l'ARC de tout changement à leur état matrimonial survenu après juin 2011.

toucheront les changements d'état matrimonial qui surviendront après le 30 juin 2011. Ainsi, les contribuables auront l'obligation d'informer l'ARC du changement de statut avant la fin du mois suivant celui au cours duquel le changement survient. C'est donc dire que dorénavant, le changement de statut aura un effet quasi immédiat sur la prestation fiscale pour enfants⁸.

1.10. PRESTATION UNIVERSELLE POUR LA GARDE D'ENFANTS

La prestation universelle pour la garde d'enfants (« PUGE ») procure à une famille la somme de 100 \$ par mois pour chaque enfant de moins de six ans. Cette prestation doit être incluse dans le revenu de l'époux ou du conjoint de fait dont le revenu est le moins élevé tant au fédéral qu'au provincial. En conséquence, dans la situation d'une personne vivant seule, ce montant est inclus dans le revenu de la personne, ce qui peut être désavantageux.

Le Budget fédéral de mars 2010⁹ propose un choix afin d'offrir au chef d'une famille monoparentale d'inclure le montant de la PUGE reçu pour le ou les enfants dans le revenu de la personne à charge pour laquelle le crédit pour personne à charge admissible est demandé (équivalent pour conjoint). Dans le cas où le crédit pour personne à charge n'est pas demandé, le revenu pourra être inclus dans le revenu de l'un des enfants à l'égard duquel la PUGE est versée. Cette modification apporte donc certains avantages et élimine une partie des désavantages indiqués précédemment.

Dans cette situation, si les deux conjoints ont un revenu, le fait d'être seul permettra d'avoir un avantage supplémentaire. Dans la situation où dans le couple un des deux conjoints a peu de revenus, cela pourrait revenir à un niveau équivalant à une personne seule. Le fait d'être monoparental est donc avantageux fiscalement au fédéral à moins que le conjoint n'ait très peu de revenus.

1.11. CRÉDIT DE TPS

Ce crédit est établi en fonction de votre revenu net ainsi que celui de votre conjoint. Dans la situation d'un changement de l'état personnel ou

⁸ À cet effet, vous pouvez suivre la saga entourant les prestations fiscales pour enfants qui a fait les manchettes dernièrement sur le site Internet du CQFF à l'adresse suivante : http://www.cqff.com/avis_important/actualite_19sept2012.htm.

⁹ Le paragraphe 56(6.1), permettant un tel choix, a été ajouté par le premier projet de loi d'exécution du Budget de 2010.

familial, notamment dans le cas d'une séparation ou de la naissance d'un enfant, ce crédit sera ajusté pour le trimestre suivant l'événement. Étant donné que ce crédit est établi en fonction du revenu familial net des conjoints, le changement d'état civil pourra avoir un impact fiscal positif ou négatif tout dépendant de la situation. Cependant, si le revenu est élevé, il y aura un désavantage.

1.12. FRACTIONNEMENT DU REVENU DE PENSION

Le fractionnement du revenu de pension est possible si le contribuable a un conjoint au 31 décembre de l'année. Il est possible d'attribuer jusqu'à 50 % du revenu de pension au conjoint.

Ainsi, dans le cas d'une séparation au cours de l'année, par exemple en novembre, et à condition que cette séparation demeure pour une période de plus de 90 jours, le contribuable ne sera pas considéré comme ayant un conjoint et ainsi le fractionnement de revenu ne sera alors pas possible.

À ce sujet, les autorités fiscales nous confirment que des conjoints ne sont pas considérés comme étant séparés lorsque, pour des raisons médicales, éducatives ou d'affaires, ils ne font pas vie commune. Pour qu'une séparation entraîne une rupture de la vie commune, elle doit être causée par l'échec de l'union.

1.13. PRESTATION FISCALE POUR LE REVENU DE TRAVAIL

Au fédéral, la prestation fiscale pour le revenu de travail (« PFRT ») peut être demandée par une personne âgée d'au moins 19 ans. Pour une personne seule, la prime peut atteindre en 2011 la somme de 913 \$ et est réduite de 20 % du revenu excédant 10 563 \$. Si le revenu atteint 17 664 \$, la PFRT est de zéro. Pour un couple, si le revenu familial net atteint 21 056 \$, la PFRT est de zéro. La PFRT peut faire l'objet d'une demande de versement anticipé. Considérant le seuil de revenus maximum très peu élevé dans le cas d'un couple, il va sans dire qu'un changement d'état civil de célibataire à marié ou conjoint de fait aura un impact sur l'admissibilité d'un contribuable à demander la PFRT.

Au Québec, pour avoir droit à la prime au travail, il faut avoir 18 ans et plus et avoir un revenu de travail annuel d'au moins 2 400 \$ ou 3 600 \$, si vous avez un conjoint. Par revenu de travail, on entend un revenu actif sans tenir compte des avantages imposables. La situation familiale influence cette prestation puisqu'il faut tenir compte du revenu annuel familial. La notion de

conjoint doit être évaluée en fin d'année. La prime au travail peut être demandée par anticipation.

À ce sujet, il y a donc avantage d'être considéré comme une personne vivant seule et non en couple à la fin de l'année pour pouvoir bénéficier de cette prestation.

1.14. TRANSFERT AU CONJOINT DE CERTAINS CRÉDITS D'IMPÔT NON UTILISÉS

À ce sujet, il y a avantage d'être considéré comme une personne vivant seule et non en couple à la fin d'une année pour pouvoir bénéficier de cette prestation.

Au fédéral, les crédits d'impôt personnels non utilisés pour revenus de pension et pour personne âgée de 65 ans et plus peuvent être transférés au conjoint. La notion de conjoint s'évalue au 31 décembre. Ainsi, être en couple avec une personne ayant peu de revenus représente un avantage fiscal.

Au Québec, le transfert entre conjoints est possible pour plusieurs crédits, notamment :

- le crédit personnel de base;
- le crédit pour enfants et autres personnes à charge;
- le crédit accordé en raison de l'âge, pour personne vivant seule et pour revenus de retraite;
- le crédit pour déficience;
- le crédit pour dividende, etc.

Il convient de noter que pour bénéficier du transfert des crédits entre conjoints, chacun d'eux doit produire une déclaration.

1.15. CRÉDIT D'IMPÔT ACCORDÉ EN RAISON DE L'ÂGE POUR PERSONNE VIVANT SEULE OU POUR REVENUS DE RETRAITE

Le crédit d'impôt pour personne vivant seule est regroupé avec celui pour le revenu de retraite et le crédit en raison de l'âge. Le crédit est réduit

de 15 % du revenu familial qui excède 30 875 \$ pour l'année 2011. Dans le cas d'une séparation en cours d'année, il faudra voir s'il y a eu reprise de la vie commune dans les 90 jours.

Pour pouvoir bénéficier du crédit d'impôt pour personne vivant seule, la personne doit vivre seule pendant toute l'année. En conséquence, dans l'année d'un changement d'état civil, la personne ne pourrait bénéficier de ce crédit d'impôt.

1.16. CONTRIBUTION SANTÉ – ASSURANCE MÉDICAMENTS

Au Québec, la contribution santé de 100 \$ (200 \$ en 2012) doit être payée pour chaque adulte. Par contre, il est possible d'en être exempté si le revenu familial est égal ou inférieur au seuil d'exemption. Dans le cas d'une séparation ou d'un divorce avant la fin de l'année civile, lorsqu'il n'y a pas reprise de la vie commune dans les 90 jours, les revenus de l'ex-conjoint ne seraient pas pris en compte dans l'établissement du seuil pour la contribution santé.

Toujours au Québec, le montant de la contribution à l'assurance médicaments est également établi en fonction du revenu familial. La prime varie entre 0 \$ et 600 \$. Il faut noter que le changement d'état civil modifie le montant de la prime. Il touche également l'admissibilité à l'assurance médicaments. En effet, si un conjoint de moins de 65 ans a accès à un régime privé d'assurance médicaments, il a l'obligation d'adhérer au régime et d'en faire bénéficier son conjoint. L'âge affecte également ce régime puisqu'à 65 ans, une personne est automatiquement inscrite au régime public. Si le contribuable a un régime complet, il peut se désinscrire au régime public. Par contre, si son assurance est complémentaire, il ne peut pas se désinscrire au régime public.

1.17. CRÉDIT D'IMPÔT POUR LA SOLIDARITÉ

Au Québec, le crédit pour la solidarité est le regroupement du crédit remboursable de la taxe de vente du Québec (TVQ), du remboursement d'impôts fonciers et du crédit pour habitant d'un village nordique. Pour être admissible, il faut être âgé de 18 ans et plus, il faut être résident du Québec avec un statut reconnu (citoyen canadien, résident permanent ou réfugié) et ne pas être détenu en prison. Lorsqu'il y a un changement d'état civil, le contribuable doit aviser Revenu Québec de ce changement de statut avant la fin du mois qui suit celui où le changement est survenu, et le crédit est modifié par la suite. Il y a donc un avantage à vivre seul afin d'avoir un montant supérieur de crédit d'impôt pour solidarité. Puisque le crédit est

réduit en fonction du revenu familial, il est touché par le changement de statut d'un contribuable.

1.18. SOUTIEN AUX ENFANTS

Le programme de soutien aux enfants est administré par la Régie. Les prestations ne sont pas imposables et varient en fonction du nombre d'enfants âgés de moins de 18 ans et du revenu familial. Depuis 2007, la Régie est complètement autonome. Ainsi, un changement d'état civil doit être communiqué directement à la Régie avant la fin du mois qui suit le changement de situation familiale, à l'exception de la naissance ou du décès d'un enfant (puisque la Régie est informée directement par le Directeur de l'état civil).

Dans le cas d'une garde partagée, chacun des ex-conjoints peut bénéficier simultanément du paiement de soutien aux enfants (le montant sera divisé en deux).

1.19. RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-RETRAITE

Le régime enregistré d'épargne-retraite (« REÉR ») peut être un outil de planification intéressant entre conjoints. En effet, il est possible de contribuer au REÉR du conjoint sans toutefois dépasser la cotisation maximale permise de celui qui cotise au REÉR. Dans le cas où une personne ne peut pas contribuer à son REÉR (parce qu'elle est âgée de plus de 71 ans), elle peut contribuer au REÉR de son conjoint si ce dernier est âgé de moins de 71 ans. Pour ce faire, il est important que le cotisant au REÉR respecte les autres limites, soit qu'il ait du revenu gagné (notamment du revenu d'entreprise ou d'emploi) pour l'année précédente ou des droits de cotisation inutilisés. Une cotisation au REÉR du conjoint permet de fractionner le revenu à la retraite, puisque c'est le conjoint qui fera le retrait et qui s'imposera sur le revenu à la retraite. Elle permet également au cotisant d'avoir une déduction REÉR dans le cas où il n'aurait pas pu en bénéficier compte tenu de son âge. Il est important de noter que le conjoint ne doit pas retirer les sommes qui ont été cotisées à son nom avant deux années d'imposition complètes terminées après la contribution (en d'autres mots, il faut attendre trois 31 décembre). Le non-respect de cette règle entraînera l'imposition du cotisant et non du rentier.

Il est donc fiscalement avantageux d'être en couple aux fins de la déduction pour REÉR.

La séparation ou le divorce constitue une exception à la règle des trois 31 décembre. C'est le bénéficiaire du REÉR qui devra inclure dans son revenu tout montant de retrait dans le calcul de son revenu, et ce, même si la contribution a été faite dans la même année.

Malgré l'instauration des règles relatives au fractionnement de revenu, le REÉR au conjoint a toujours sa place. En effet, le conjoint rentier doit inclure toutes les sommes reçues dans le calcul de son revenu alors que le fractionnement de revenu permet de fractionner uniquement 50 %. D'ailleurs, les règles du fractionnement de revenu ne sont applicables que si le rentier a 65 ans, contrairement au REÉR au profit du conjoint qui permet de fractionner le revenu avant 65 ans.

1.20. RÉSIDENCE PRINCIPALE

Depuis 1982, seule une résidence par famille peut être désignée comme résidence principale et, par conséquent, être disposée sans incidences fiscales. Nous verrons ci-après certaines règles particulières dans la situation d'une rupture.

1.21. PENSION DE VIEILLESSE ET SUPPLÉMENT DE REVENU GARANTI

La pension de sécurité de la vieillesse (« PSV ») est versée à tous les citoyens canadiens à l'âge de 65 ans. La PSV est réduite à partir d'un revenu net de 67 668 \$ en 2011 et est de zéro lorsque le revenu net est de 110 123 \$ en 2011.

Le SRG est établi en fonction du revenu familial.

Les prestations de la PSV et du SRG sont ajustées trimestriellement et après la séparation, ou dans le cas du divorce, le mois suivant le divorce, et dans le cas d'un décès, le mois suivant. Toutefois, il faut aviser les autorités fiscales de cette modification afin de pouvoir faire effectuer ces ajustements.

1.22. CONCLUSION

Est-il fiscalement avantageux d'être célibataire ou en couple? Il n'y a pas de réponse facile et claire à cette question. Tout est une question de fait! Vous trouverez, en annexe, des situations permettant de comparer l'avantage ou l'inconvénient de la vie commune. À première vue, selon la situation, le fait de vivre seul permet d'avoir des avantages supplémentaires surtout dans la situation où on doit tenir compte du revenu familial.

Nous pouvons toutefois presque affirmer qu'être considéré comme « monoparental » comporte plus d'avantages, à tout le moins, du point de vue fiscal! La réponse serait tout autre s'il n'y avait pas d'enfants.

2. RUPTURE

2.1. MOMENT DE LA RUPTURE

D'un point de vue fiscal, si vous êtes marié, il y aura changement d'état civil au moment du jugement de divorce (généralement 30 jours après le dépôt de votre entente de divorce).

Dans le cas du conjoint de fait, le changement d'état civil se fait à la séparation, s'il n'y a pas reprise de la vie commune dans les 90 jours.

Dans le cas où deux personnes deviennent des conjoints de fait au cours d'une année et qu'il y a séparation de plus de 90 jours dans la même année, il faudrait donc calculer une nouvelle période de 12 mois, s'il y a reprise de la vie commune, sauf dans la situation où il y a un enfant issu de l'union, avant d'être reconnus de nouveau comme conjoints de fait.

Il faut noter également qu'une séparation qui survient avant le 31 décembre de l'année représente dans la majorité des situations un bon « timing » fiscal.

Enfin, dans la situation d'une union civile, cette dernière cesse au moment où l'union est dissoute. Bien que les gens puissent voir peu de différences entre les conjoints de fait ou une union civile, d'un point de vue fiscal il existe des différences. En effet, les positions des autorités fiscales sont divergentes à cet égard. Au fédéral, on considère l'union de fait de la même façon que les conjoints de fait. Ainsi, les mêmes règles sont applicables pour déterminer le moment où les personnes sont en couple ou cessent de l'être. Au provincial, c'est au moment où l'union est contractée que les parties sont reconnues comme étant des conjoints. Il pourrait donc arriver, dans certaines situations, que la date du changement d'état civil soit divergente au fédéral et au provincial.

Certaines planifications pourraient être mises en place sur cette base ou même certaines incidences fiscales non désirées pourraient survenir à cause de l'union de fait.

Hypothétiquement, nous pourrions penser à un cas touchant l'admissibilité des actions à la déduction à l'égard du gain en capital de

750 000 \$. Il est possible d'avoir un calcul de la période de détention de 24 mois, différente au fédéral et au Québec, lorsqu'il est question de la personne ou de la personne liée.

2.2. PARTAGE DES BIENS

Dans le cadre d'une séparation ou d'un divorce, il y a généralement une entente qui est signée afin de refléter le partage des biens que le couple a acquis durant la vie commune.

La rédaction de cette entente doit être faite avec soin afin d'éviter des conséquences fiscales indésirables en tenant compte des différents choix qui auraient dû ou devraient être faits, ou simplement en rédigeant l'entente de manière différente afin de tenir compte des incidences fiscales non prévues pour l'une ou l'autre des parties.

2.2.1. Résidence principale

Le choix afin d'exempter d'impôt la résidence principale lors de sa disposition peut être effectué par le contribuable sur une résidence qui lui appartient, si elle est normalement habitée au cours de l'année par le contribuable à titre d'époux ou de conjoint de fait, ou ex-époux ou ancien conjoint de fait, ou par un enfant du contribuable.

Dans ces cas, un seul choix de résidence principale peut être effectué par le couple.

Dans l'année de la séparation, un seul choix peut être effectué par l'une ou l'autre des parties à titre de résidence principale. Pour que chacun puisse effectuer le choix sur une maison différente, il faut que la personne ait vécu séparément du contribuable en vertu d'une séparation judiciaire ou d'un accord écrit de séparation **tout au long de** l'année. En conséquence, dans l'année de la séparation, un seul choix peut être effectué.

Pour faire plus d'un choix, les parties doivent avoir un accord écrit.

La problématique que l'on rencontre fréquemment dans le cadre d'une rupture est la situation où le couple a acquis une résidence et un chalet depuis plusieurs années et, dans le cadre de l'accord de séparation, la résidence va au conjoint et le chalet est gardé par l'autre contribuable.

Dans cette situation, s'il n'y a aucune indication à l'effet de savoir quel immeuble sera considéré à titre de résidence principale aux fins des lois

fiscales durant la relation, il pourrait arriver, immédiatement après le divorce ou la séparation, ou la cessation de vie commune, pour une période de plus de 90 jours, que le contribuable dispose du chalet et effectue le choix de résidence principale. Dans cette situation, le conjoint qui est sous l'impression qu'il possède la résidence principale et que le gain est totalement exempté subira des incidences fiscales importantes au moment de la disposition de ce bien, et ce, même si cela survient plusieurs années plus tard. En effet, dans ce cas, le conjoint qui détient la résidence ne pourra pas effectuer le choix d'exempter la résidence d'impôt pour les années de vie commune.

Il faut également noter que dans le cadre d'une séparation, les biens sont transférés entre conjoints au coût fiscal. Il est possible de faire un choix, en vertu du paragraphe 73(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹⁰ de considérer que le transfert s'effectue à la juste valeur marchande (« JVM »).

Dans la situation du transfert de résidence principale, le choix du paragraphe 73(1) L.I.R. peut être judicieux. En effet, le choix permet de régler l'incertitude en cristallisant le choix de la résidence principale sur le bien transféré au conjoint. Une autre façon de procéder est d'indiquer dans l'entente de séparation sur quel bien le choix peut être effectué pour la durée de la vie commune.

En fonction du conjoint que vous représentez, si ces choix ne sont pas effectués dans l'entente, nous pourrions, immédiatement après la cessation de vie commune et/ou le prononcé du divorce, transférer la résidence dans une fiducie en provoquant une disposition réelle. Le fait de provoquer cette disposition et d'effectuer le choix requis permettant de l'exempter d'impôt permettrait donc de cristalliser, dans le coût de cette résidence, la valeur accumulée durant la vie commune sans incidences fiscales et d'empêcher l'autre conjoint de pouvoir en bénéficier sur la résidence qu'il détient. Évidemment, cette façon de faire ne fera qu'envenimer la relation...

Il faut donc faire bien attention dans le cas où les conjoints détiennent deux résidences afin de s'assurer que l'entente de séparation tienne compte de ces éléments et qu'elle soit rédigée d'une manière adéquate afin d'éviter des incidences non désirées de la part de l'une ou l'autre des parties dans le cadre de la séparation.

¹⁰ L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) et mod. (« L.I.R. »).

2.2.2. Copropriété de la résidence

Il arrive souvent qu'un couple acquière la résidence familiale en copropriété. Cette façon de faire permettrait de s'assurer que, dans le cadre d'une séparation de conjoint de fait ou du divorce de personnes mariées, chaque partie conserve sa valeur. Il y a lieu de se demander s'il s'agit de la situation la plus avantageuse.

Dans le cas de personnes mariées, le fait que la détention de la résidence soit au nom d'un seul individu n'enlève pas au conjoint, en vertu du patrimoine familial, le droit à la plus-value accumulée durant le mariage sur cet immeuble. Bien sûr, l'ex-conjoint ne pourra réclamer la propriété de l'immeuble mais bien sa portion sur l'augmentation de valeur.

Dans le cas d'un conjoint de fait, le patrimoine familial n'est pas applicable. Ainsi, l'ex-conjoint non propriétaire du bien n'a droit en rien en cas de séparation. Dans l'une ou l'autre des situations, si le bien n'a appartenu qu'à une seule personne, l'autre conjoint pourrait après la rupture acquérir une résidence et profiter du régime d'accession à la propriété (« RAP ») (à moins que son nouveau conjoint n'ait eu une résidence dans les cinq années précédentes), compte tenu du fait qu'elle n'a jamais possédé de bien et qu'elle n'a pas de conjoint au moment de cette acquisition. Cela sera également utile, dans la situation où cette dernière viendrait à vivre en union de fait avec un autre conjoint, d'effectuer cette transaction avant d'être reconnue comme conjoint de fait (12 mois de vie commune) pour pouvoir bénéficier du RAP.

Dans la situation où l'ancienne résidence aurait été aux deux noms, cette dernière n'aurait pas pu bénéficier du RAP immédiatement après sa séparation ou son divorce. Il peut donc exister certains avantages de ne pas être désigné comme propriétaire au moment de l'acquisition des biens dans une situation où nous désirons profiter de certains avantages fiscaux offerts aux personnes n'ayant jamais eu de propriété au cours des cinq dernières années.

2.3. RÈGLES D'ATTRIBUTION

Les règles d'attribution contenues dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* empêchent les conjoints de s'attribuer des revenus dans le but de réaliser des économies d'impôt.

Il faut donc y porter une attention particulière dans les cas où deux personnes désirent faire vie commune ou mettre fin à leur union. Les règles

d'attribution relatives aux gains et pertes en capital peuvent continuer de s'appliquer après le transfert de biens entre conjoints si un gain en capital ou une perte est réalisé avant le divorce. Pour les conjoints de fait, il n'y a aucune incidence, car la date de séparation rétroagit à la date de cessation de la vie commune (si le 90^e jour est respecté par la suite).

Une des situations possibles est lorsqu'un prêt sans intérêt est fait au conjoint afin que ce dernier se porte acquéreur d'actions d'une société publique, pour un coût, par exemple, de 10 000 \$. Au moment de la séparation, la plus-value accrue sur les actions pendant l'union est de 100 000 \$. Peu après la séparation, il y a disposition par le détenteur des actions à un montant de 120 000 \$. Dans cette situation, le gain qui s'est accumulé pendant la période de vie commune, et ce, jusqu'au moment où le divorce a été prononcé, sera attribué à l'ex-conjoint non propriétaire à cause du prêt sans intérêt, et ce, malgré la radiation du prêt dans le cadre de l'entente de divorce. L'ex-conjoint se verra donc imposer sur un gain en capital de 90 000 \$, soit le gain accumulé durant la période de vie commune. Quant aux gains accumulés après cette période, jusqu'au divorce, ils seront imposables entre les mains du conjoint propriétaire des actions (20 000 \$). Si la disposition avait eu lieu avant le divorce, c'est le montant de 110 000 \$ qui aurait été imposable au conjoint¹¹.

Est-ce que cette situation aurait pu être évitée? Certainement! Dans cette situation, il aurait fallu que les parties effectuent un choix en vertu de l'alinéa 74.5(3)b) L.I.R. afin de déterminer que les règles d'attribution ne s'appliquent plus à partir du moment où les parties vivent séparées à cause de l'échec du mariage ou de l'union de fait. Si ce choix était effectué dans le cadre de l'entente de séparation, par exemple, le gain en capital aurait été totalement imposable dans les mains de la personne qui aurait reçu les sommes d'argent. Cependant, ce choix peut être difficilement effectué dans un cadre de séparation, surtout lorsque les parties sont au courant des incidences que cela peut impliquer. C'est pourquoi nous suggérons souvent que ce choix soit effectué dans un contrat, par exemple, ou dans une autre entente avant le transfert des biens afin de s'assurer que ces incidences fiscales négatives ne puissent survenir.

Dans la situation où ce choix n'est pas effectué, et dans le cas où le conjoint propriétaire dispose de ses actions avant le divorce, la règle d'attribution s'appliquera automatiquement. Il va sans dire que cette

¹¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2006-0166041E5, 24 avril 2006.

situation jettera de l'huile sur le feu dans le cadre de la négociation de l'entente de divorce. En effet, du point de vue fiscal du conjoint propriétaire, cette situation représente un avantage important mais tout cela est effectué au détriment de son ex-conjoint qui lui assumera les impôts sur cette disposition. Le choix doit être effectué dans l'année d'imposition ou avant. En conséquence, si la disposition a lieu dans une année d'imposition subséquente, aucun choix ne peut être effectué.

Cependant, le choix de l'alinéa 74.5(3)b) L.I.R. ne s'appliquera qu'à compter du moment où il est produit. En conséquence, si le choix est effectué dans une année subséquente à la séparation de corps, il ne s'appliquera qu'au gain réalisé à compter de l'année où il aura été produit¹².

C'est pourquoi nous suggérons que ce choix soit effectué par les parties avant le transfert du bien afin d'éviter d'attendre le moment de la signature de l'entente de séparation et de se rendre compte que le conjoint a déjà disposé des biens. Il semblerait que ce choix (al. 74.5(3)b) L.I.R.) puisse s'effectuer bien par bien au moment du transfert ou pour l'ensemble des biens.

Il existe également des règles d'attribution visant l'attribution de revenus. Ces dernières cessent de s'appliquer dès que les parties vivent séparées pour cause d'échec du mariage ou de leur union de fait. Le divorce n'a pas à être prononcé pour que ces règles d'attribution s'arrêtent et aucun choix ne doit être effectué en ce sens.

Nous pouvons également penser que dans le cadre de la séparation, des biens sont transférés et qu'aucun choix en vertu du paragraphe 73(1) L.I.R. n'est effectué (transfert à la JVM). Il pourrait arriver, lors d'une disposition subséquente, si le choix de l'alinéa 74.5(3)b) L.I.R. n'est pas effectué, que le bien soit réimposé dans les mains de la personne qui l'a transféré, et ce, même si cette dernière ne reçoit aucune somme d'argent.

Ainsi, lors de la rupture d'une union, il est important de bien réfléchir afin d'éviter des incidences fiscales indésirables et surtout de consulter un fiscaliste.

¹² AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2006-0166041E5, « Transfert de biens entre époux séparés », 24 avril 2006 et 2007-0234521E5, « Principal Residence – Subsection 74.5(3) Election », 4 septembre 2007. Arrêt *Zeitler c. Zeitler Estate*, 2010 BCCA 216. Si le choix de l'alinéa 74.5(3)b) L.I.R. n'est pas effectué, le résultat sera inattendu.

Notons également que les règles d'attribution peuvent être évitées durant la vie commune si on utilise adéquatement les exceptions prévues à ces règles¹³.

2.4. PARAGRAPHE 73(1) L.I.R.

En règle générale, selon les lois fiscales en vigueur, tout transfert entre parties ayant un lien de dépendance doit être effectué à la JVM. Toutefois, le paragraphe 73(1) L.I.R. est une exception à ce principe. Ainsi, tout transfert de biens entre particulier et son conjoint (aux fins fiscales, marié ou conjoint de fait) est présumé s'effectuer au coût fiscal original, à moins que les deux parties ne fassent un choix afin que ce transfert s'effectue à la JVM. Ce choix doit être effectué dans la déclaration de revenus.

Ce paragraphe s'applique même dans la situation où il y aurait un transfert à la JVM, par exemple, d'actifs entre les conjoints. Le conjoint qui aurait payé le plein prix pour acquérir le bien serait présumé avoir un coût fiscal égal au coût de son ex-conjoint, ce qui impliquerait une imposition non désirée lors de la vente. Bien qu'une disposition à la JVM puisse faire en sorte que les règles d'attribution ne trouvent application, cela n'empêcherait pas que le paragraphe 73(1) L.I.R. puisse avoir des incidences fiscales pour l'autre partie. Il faut donc, dans le cadre d'une séparation ou d'un divorce, s'assurer que l'ex-conjoint fasse le choix du paragraphe 73(1) L.I.R. dans sa déclaration de revenus. Pour ce faire, l'accord de séparation ou de divorce doit prévoir l'engagement de l'ex-conjoint de produire le choix avec sa déclaration de revenus.

Il est donc fondamental de tenir compte des incidences fiscales dans le cadre d'un règlement de divorce ou d'une entente de séparation lorsqu'on établit la valeur de chacune des parties et des dettes fiscales potentielles inhérentes aux actifs que chacun possède. La méconnaissance des règles fiscales peut avoir des incidences majeures dans le cadre du règlement de la séparation surtout pour le bénéficiaire du bien.

Le paragraphe 73(1) L.I.R. favorise l'ex-conjoint qui a transféré un bien. Dans la situation de celui qui a reçu le bien, il peut être important que ce choix soit énoncé dans l'entente de séparation afin de s'assurer de ne pas avoir des incidences fiscales imprévues dans l'établissement de l'entente entre les parties. En effet, souvent on tient compte d'une valeur que chaque

¹³ Toutefois, l'objet du présent texte n'est pas de décrire l'utilisation des règles d'attribution et ses exceptions.

partie recevra dans le cadre de l'entente. On oublie souvent les incidences fiscales lorsque vient le temps d'établir la valeur nette que chacune des parties recevra aux fins de la séparation. À ce sujet, certains biens sont faciles à évaluer, tels qu'un transfert de REÉR. Cependant, dans le cas de l'application d'un transfert de biens visé par le paragraphe 73(1) L.I.R., ce dernier est moins évident pour les parties.

2.5. REÉR – PARAGRAPHE 146(16) L.I.R.

Le transfert entre conjoints de la somme provenant d'un REÉR, en vue du règlement d'un droit découlant du mariage ou d'un accord de séparation, peut s'effectuer sans incidences fiscales. Il est important que cela ne soit pas pour régler une pension alimentaire. En effet, le montant ne serait alors plus admissible au transfert en franchise d'impôt, car il ne découlerait plus d'un droit provenant du mariage. Le tout a été confirmé par les autorités fiscales¹⁴.

2.6. FERR – PARAGRAPHE 146.3(14) L.I.R.

Dans le cadre d'un fonds enregistré de revenu de retraite (« FERR »), le transfert peut également s'effectuer sans incidences fiscales. Toutefois, lorsqu'on regarde le texte de loi, dans le cas du REÉR, on fait référence à un accord écrit de séparation alors que dans le cas du FERR, on ne fait pas référence à cette notion. Il est difficile de comprendre quelle est la différence que le législateur a voulu démontrer relativement à ces deux notions semblables comportant un texte de loi différent.

Cependant, comme il vous a été indiqué précédemment, pour être reconnu comme un accord de séparation, l'accord doit indiquer que les parties sont en accord de vivre séparément. Sans cette phrase, cet accord pourrait ne pas être considéré comme un accord de séparation, ce qui aurait comme conséquence que le transfert sans incidences fiscales du REÉR ne pourrait être effectué.

Encore là, dans le cadre de la rupture, lorsqu'on transfère des REÉR en vertu des ententes, il faut donc que l'accord soit rédigé d'une manière adéquate afin d'être reconnu comme un accord écrit de séparation et non simplement comme un accord écrit visant à partager les biens découlant des droits du mariage ou de l'union de fait ou de son échec.

¹⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2008-0304451E5, 21 avril 2009.

2.7. RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-ÉTUDES

Dans le cas d'un régime enregistré d'épargne-études (« REÉÉ »), il est possible de transférer le droit de souscripteur à l'un ou l'autre des conjoints. Ainsi, dans le cas où le régime n'est pas utilisé, le capital sera remis à cette personne. Toutefois, dans ce genre de situation, il faudrait faire évaluer et déterminer si le montant de droit correspond à la valeur des droits de souscription si on tient compte de la pénalité qui pourrait survenir si le REÉÉ n'était pas utilisé aux fins pour lesquelles il a été créé. Il faudra donc tenir compte de ce régime dans le cadre de l'accord écrit de séparation.

2.8. ARTICLE 160 L.I.R.

Lors d'un transfert de biens entre personnes ayant un lien de dépendance, par exemple un transfert à un nouveau conjoint, par voie de donation ou de transfert sans contrepartie ou avec contrepartie inférieure à la JVM (tel que, par exemple, un roulement en vertu du paragraphe 73(1) L.I.R.), le conjoint ou celui qui a reçu le bien devient conjointement et solidairement responsable du paiement de l'impôt jusqu'à concurrence de cette JVM (moins le montant versé en contrepartie pour recevoir ce bien, s'il y a lieu).

Ce paragraphe est applicable en cas de séparation. Ainsi, l'ex-conjoint peut devenir conjointement et solidairement responsable du paiement de l'impôt de son ex-conjoint. Toutefois, cette règle ne s'applique pas dans le cadre d'un transfert de biens, en vertu d'une ordonnance ou d'un jugement rendu par un tribunal compétent, ou en vertu d'un accord écrit de séparation si, au moment du transfert, le contribuable et son conjoint de fait vivaient séparément.

Encore une fois, il faut être en présence d'un accord écrit de séparation afin que ce paragraphe puisse trouver application.

Nous pouvons imaginer la situation cocasse où l'un des conjoints en difficulté financière et en défaut de paiement avec les autorités fiscales donne une bague à diamant d'une valeur importante à sa conjointe (même si à ce moment elle n'est pas considérée comme un conjoint de fait). Si quelques années plus tard le problème fiscal du conjoint n'est pas réglé et qu'une séparation survient, la conjointe pourrait être tenue conjointement et solidairement responsable de payer les impôts de son conjoint jusqu'à concurrence de la JVM de la bague qu'elle a reçue.

Peut-on éviter ce genre de situation et l'application du paragraphe 160(1) L.I.R. dans le cadre d'une rupture? La première chose qu'il faut penser pour l'éviter est de s'assurer que l'entente de séparation soit un accord écrit de séparation afin que les biens transférés dans le cadre d'un divorce ou d'une cessation de vie commune puissent ne pas être visés par ce paragraphe.

En ce qui concerne les biens qui ont été transférés durant la vie commune lorsque le conjoint devait des sommes aux autorités fiscales, il nous semble impossible d'éviter l'application du paragraphe 160(1) L.I.R. Toutefois, lorsque nous sommes informés de ce genre de situation, nous pourrions, dans le cadre de la séparation, prévoir le transfert de biens supplémentaires au conjoint afin de compenser le risque fiscal que cette dernière continuera d'assumer après la séparation ou encore, de s'assurer que le conjoint soit conforme relativement à l'impôt...

2.9. CONTRIBUTIONS AU REÉR DU CONJOINT ET TRANSFERT

Tel qu'il est indiqué précédemment, il est possible pour un conjoint de contribuer au REÉR de son conjoint si le cotisant respecte son propre plafond REÉR. Toutefois, il existe une règle d'attribution qui fait en sorte que lorsqu'un contribuable retire des sommes de son REÉR qui proviennent de contributions effectuées par son conjoint avant un délai de deux ans, le montant est imposable dans les mains du conjoint qui a cotisé au REÉR.

Ainsi, dans le cas d'une séparation dont le délai de 90 jours n'est pas arrivé ou qu'il n'y a tout simplement pas encore eu d'ordonnance ou d'entente de séparation, le contribuable dont le conjoint a contribué à son REÉR et qui retire les sommes de son REÉR entraîne comme conséquence une imposition dans les mains du cotisant (même si les sommes ne lui appartiennent plus). Pour que le transfert s'effectue en franchise d'impôt, les conditions suivantes doivent être respectées¹⁵ :

- les deux conjoints ou ex-conjoints doivent vivre séparément;
- le transfert est effectué en vertu d'une ordonnance ou d'un jugement ou d'un accord écrit de séparation;

¹⁵ Al. 146(16b) L.I.R.

- cette ordonnance ou ce jugement vise à partager les biens entre les conjoints en règlement de dettes découlant du mariage ou de l'union de fait ou du divorce.

Pour profiter des mesures de roulement sans incidences fiscales, ce transfert doit être fait directement par les émetteurs des régimes. Dans le cas du REÉR, le conjoint doit avoir moins de 72 ans et le Formulaire T-2220 doit être rempli.

Il faut donc faire attention et s'assurer que le conjoint ou l'ex-conjoint n'a pas retiré de sommes de son REÉR durant cette période transitoire.

2.10. RÈGLES TRANSITOIRES – SOCIÉTÉ À BUT UNIQUE ÉTABLIE POUR DÉTENIR UN IMMEUBLE AUX ÉTATS-UNIS

Dans le cas où les conjoints sont actionnaires d'une société à but unique afin de détenir un bien aux États-Unis, l'ARC avait une position administrative selon laquelle il n'y avait pas d'avantage imposable en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R. Cette position administrative n'est plus applicable depuis le 1er janvier 2005 pour tout nouveau bien ou pour une personne qui acquiert des actions, à moins que ce soit à la suite du décès du conjoint¹⁶. En conséquence, les règles transitoires cessent de s'appliquer au moment du transfert dans le cadre d'une séparation ou d'un divorce.

Dans le cadre de l'entente de séparation, il faudrait tenir compte de ces inconvénients subis par le conjoint qui reçoit de telles actions.

2.11. ACTIONS ADMISSIBLES DE PETITE ENTREPRISE

Dans le cadre de la séparation, lorsqu'un des contribuables détient des actions admissibles de petite entreprise (AAPE) qui pourraient donner droit à la déduction à l'égard du gain en capital, certaines planifications peuvent être mises en place afin de pouvoir bénéficier ou de se servir de la déduction de l'ex-conjoint pour lui verser des sommes à l'abri de l'impôt.

Dans l'élaboration de ces planifications, il faut faire preuve de prudence puisque l'article 84.1 L.I.R. pourrait être applicable. De plus, un transfert d'actions après le prononcé du divorce ou de la cessation de vie commune

¹⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2010-0386871E5 et AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 31R2, 16 mai 2006.

pourrait avoir comme conséquence que l'ex-conjoint pourrait devoir attendre au moins deux ans afin que les actions soient admissibles à la déduction pour gains en capital, car au moment du transfert, elles n'étaient plus liées.

Il faut donc que le transfert ait lieu avant que le divorce soit prononcé ou que la cessation de vie commune ait lieu afin d'éviter ce genre de situation fâcheuse, surtout dans le cadre d'une planification ou d'une entente après cessation de vie commune qui prévoirait l'achat des actions de l'ex-conjoint. Il faut donc, pour éviter que le délai de deux ans recommence, que le transfert ait lieu au moment où les parties sont considérées comme liées. De plus, les négociations en ce sens doivent avoir lieu après que le divorce est prononcé ou que la cessation de vie commune est réalisée pour éviter que les autorités fiscales contestent le tout et recharacterisent le gain en capital en dividende. C'est une question de fait. Nous constatons donc qu'il faut être prudent concernant les différents délais au moment du transfert afin d'éviter des pièges importants qui pourraient survenir dans le cadre de ces transferts.

2.12. PENSION ALIMENTAIRE

Une rupture de l'union peut engendrer pour un des conjoints le paiement d'une pension alimentaire. La pension alimentaire pour enfants est défiscalisée. Ainsi, elle n'est pas un revenu pour le bénéficiaire et n'est pas déductible pour le payeur.

Dans le cas de la pension alimentaire pour l'ex-conjoint, elle est imposable pour le bénéficiaire et déductible pour le payeur.

2.12.1. Honoraires professionnels

À la suite des dernières positions des autorités fiscales, certains honoraires professionnels dans le cadre d'une séparation sont déductibles si certaines conditions sont respectées. Ainsi, en ce qui concerne la pension alimentaire, voici un tableau relatif à la déductibilité des honoraires.

Le tableau suivant résume donc le traitement fiscal des frais juridiques engagés par le bénéficiaire ou le payeur d'une pension alimentaire selon que le bénéficiaire est l'ex-conjoint ou un enfant :

Frais juridiques	Bénéficiaire de la pension			
	Ex-conjoint		Enfant	
	Fédéral	Québec	Fédéral	Québec
<i>Déductibilité des frais juridiques</i>				
Frais payés par le bénéficiaire de la pension				
Établir le droit à une pension alimentaire	Oui	Oui	Oui	Oui
Augmenter une pension alimentaire	Oui	Oui	Oui	Oui
Mettre à exécution le droit à une pension alimentaire	Oui	Oui	Oui	Oui
Contester la réduction d'une pension alimentaire	Oui	Oui	Oui	Oui
Rendre une pension alimentaire non imposable	–	–	Oui	Oui
Revoir le droit à une pension alimentaire	Non	Oui	Non	Oui
Percevoir des arrérages	Oui	Oui	Oui	Oui
Frais payés par le payeur de la pension				
Contester le droit à une pension alimentaire	Non	Oui	Non	Oui
Contester l'augmentation d'une pension alimentaire	Non	Oui	Non	Oui
Réduire une pension alimentaire	Non	Oui	Non	Oui
Mettre fin à une pension alimentaire	Non	Oui	Non	Oui
Revoir l'obligation de payer une pension alimentaire	Non	Oui	Non	Oui

Toutefois, pensons que dans le cadre d'une séparation ou d'un divorce, vous devez payer une provision pour frais juridiques à votre ex-conjoint. Au Québec, les frais semblent être déductibles pour le payeur selon le mémoire d'opinion de Revenu Québec¹⁷. Par contre, rien ne semble déductible au fédéral.

Les frais juridiques pour obtenir le divorce, les frais pour déterminer la garde des enfants et les droits de visite ne sont pas déductibles, tant au fédéral qu'au provincial. Cela demeure donc une question de fait pour déterminer la portion admissible.

¹⁷ REVENU QUÉBEC, mémoire d'opinion 05-010505, 1^{er} novembre 2005.

2.12.2. Impact de la pension alimentaire

Lorsque dans le cadre de la rupture de l'union une pension alimentaire est payée, il est fondamental de se poser des questions. Voici donc les choix qui s'offrent à nous.

Année de la séparation

Dans l'année de la séparation ou du divorce, le payeur de la pension alimentaire a deux choix, soit déduire la pension alimentaire versée durant l'année ou réclamer le crédit pour conjoint ou pour personne à charge admissible. Aux fins du crédit pour conjoint, il devra tenir compte du revenu du conjoint avant la séparation. Si le revenu est de plus de 10 526 \$ en 2011, le crédit sera nul.

Dans le cas où il ne réclame pas le crédit pour conjoint, le crédit pour personne à charge admissible pourra être réclamer s'il a la garde d'un enfant et qu'il ne déduit aucun versement de pension alimentaire à son égard.

Dans le cas d'une garde partagée, il faudra déterminer lequel des ex-conjoints réclamera le crédit pour personne à charge admissible (s'il y a un enfant), puisque le crédit ne peut être fractionné, ou chacun réclamera le crédit s'il y a au moins deux enfants.

Le montant pour enfant (de 2 131 \$ en 2011) ne peut être fractionné entre les conjoints. Au Québec, dans l'année de la séparation, les ex-conjoints peuvent avoir droit au crédit pour personne à charge de 18 ans ou plus s'il n'est pas étudiant et, s'il est étudiant, le montant pour études postsecondaires d'un enfant de moins de 18 ans. Un parent peut réclamer une portion avant la séparation et l'autre après la séparation.

Années suivant la séparation ou le divorce

Le payeur de la pension ne peut plus réclamer de crédit pour son ex-conjoint. Il pourra réclamer le montant pour enfant et le crédit pour personne à charge admissible, dans la mesure où il ne paie pas de pension pour cet enfant et qu'il a la garde complète ou partagée.

Selon notre expérience, dans le cas d'une garde partagée, lorsque le contribuable est en droit de réclamer le montant pour enfant, mais qu'il ne peut pas réclamer le montant pour personne à charge admissible (puisque'il a un conjoint), l'ARC considérera que seul le conjoint qui est en droit de réclamer le montant pour personne à charge admissible est en droit

de réclamer le montant pour enfant. Dans le cas où les deux conjoints ne peuvent réclamer le montant pour personne à charge admissible, ils pourront alors fractionner le montant pour enfant.

Au Québec, seul le conjoint qui a la garde peut avoir droit au crédit pour personne à charge de 18 ans ou plus s'il n'est pas étudiant et, s'il est étudiant, le montant pour études postsecondaires d'un enfant de moins de 18 ans. Les montants peuvent être fractionnés en cas de garde partagée.

2.13. CONCLUSION

À la lumière de ce qui précède, il est fondamental de consulter un fiscaliste lors de la rédaction d'un accord de séparation, d'un transfert de biens entre conjoints, ou même avant de décider de faire vie commune.

3. BIGAMIE FISCALE

Il peut arriver qu'un individu soit considéré comme ayant deux conjoints, aux fins fiscales, soit une personne avec qui il a été marié et dont il est séparé mais non divorcé et une nouvelle personne avec laquelle il fait vie commune depuis plus de 12 mois; nous appelons cette situation la bigamie fiscale. Bien que le présent texte ne soit pas une analyse exhaustive de la bigamie fiscale, il est bon de constater que cette dernière peut exister.

Dans les lois fiscales, on vient spécifier, dans certaines situations, que c'est le conjoint avec lequel le contribuable vit maritalement qui doit être considéré aux fins de l'établissement de certains avantages, bénéfiques ou crédits d'impôt. À ce sujet, nous n'avons qu'à penser :

- à la prestation fiscale pour enfant;
- aux frais médicaux;
- à la prestation fiscale pour revenu de travail;
- aux crédits de TPS;
- au fractionnement de revenu de pension;
- au crédit pour invalidité.

3.1. PRESTATION CONSÉCUTIVE AU DÉCÈS

La prestation consécutive au décès est un exemple parfait pour démontrer la bigamie fiscale. En effet, ce montant, qui peut être versé jusqu'à concurrence de 10 000 \$ au conjoint, sans incidences fiscales, doit être partagé si le contribuable est en situation de bigamie fiscale. Ainsi, dans le cas où un montant de 20 000 \$ aurait été versé (soit 10 000 \$ au conjoint et 10 000 \$ à l'ex-conjoint), chacune des parties aura droit à une déduction de 5 000 \$.

3.2. REÉR

Dans le cas du transfert d'un REÉR au décès, tout dépend du testament. Le montant pourrait être transféré à l'un ou l'autre des conjoints, sans incidences fiscales, peu importe s'il vivait séparé ou maritalement avec le défunt.

3.3. RÉSIDENCE PRINCIPALE

Il peut arriver, dans le cadre d'un décès, qu'il y ait transfert d'un immeuble à son conjoint de fait et d'un autre immeuble à son ex-conjointe, séparée mais non divorcée. Il sera judicieux de prévoir, durant la vie commune, lequel des biens bénéficiera du choix de résidence principale. À défaut, c'est la personne qui disposera en premier qui pourra alors faire la désignation, ce qui empêchera l'autre de pouvoir en bénéficier.

3.4. MALADIE

Un cas a fait l'objet de la Table ronde sur la fiscalité provinciale de l'Association de planification fiscale et financière (APFF) en 2009¹⁸. Il s'agit d'un cas où un conjoint marié est hospitalisé et où l'autre conjoint fait vie commune depuis plus de 12 mois avec une autre personne. Ainsi, dans cette situation, il y a bigamie fiscale. Par contre, les autorités fiscales sont venues indiquer que le fait de vivre maritalement avec une autre personne leur permet de prétendre que l'autre conjoint vit séparé du conjoint hospitalisé.

¹⁸ « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 2009*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2010, pp. 48:1-72, question 18., aux pages 48:40-43.

CONCLUSION

Force est de constater que la complexité de nos régimes fiscaux et l'échec du mariage ou la séparation de conjoints de fait peuvent être lourds de conséquences. Mieux vaut prévenir que guérir! Votre fiscaliste doit faire partie intégrante de votre vie et de vos relations intimes bien malgré vous.

ANNEXE

	Seul	Couple
FÉDÉRAL		
Conjoint		Avantage
Transfert crédit d'impôt au conjoint		Avantage
Montant pour personne à charge admissible	Avantage	
Transfert crédit frais de scolarité		Avantage
Frais médicaux		Avantage
Supplément remboursable pour frais médicaux	Avantage	
Frais de garde d'enfants	Avantage	
Crédit d'impôt remboursable pour aidants naturels		Avantage
Prestation fiscale pour enfants	Avantage	
Prestation universelle pour la garde d'enfants	Avantage	
SRG	Avantage	
Crédit TPS	Avantage	
Fractionnement du revenu de pension		Avantage
Prestation fiscale pour revenu de travail	Avantage	
QUÉBEC		
Transfert crédit au conjoint		Avantage
Crédit pour personne vivant seule	Avantage	
Famille monoparentale	Avantage	
Frais médicaux	Avantage	
Crédit remboursable pour frais médicaux	Avantage	
Raison âge et retraite et régime d'assurance médicaments	Avantage	
Contribution santé	Avantage	
Crédit pour la solidarité	Avantage	
Soutien aux enfants	Avantage	

SCÉNARIO 1

Impact de la vie commune, avec ou sans enfant,
avec un revenu de 30 000 \$

	Scénario 1A		Scénario 1B		Scénario 1C		Scénario 1D		Scénario 1E	
	Mme		Mme		M.	Mme	M.	Mme	M.	Mme
	Célibataire sans enfant		Célibataire avec 2 enfants		Couple sans enfant		Couple avec 2 enfants		Couple avec 4 enfants	
		\$	\$	\$	\$	\$	\$	\$	\$	\$
Revenus d'emploi	30 000,00	30 000,00	30 000,00	30 000,00	30 000,00	30 000,00	30 000,00	30 000,00	30 000,00	30 000,00
Revenus de pension	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Revenus sécurité vieillesse	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
TOTAL DES REVENUS:	30 000,00	30 000,00	30 000,00	30 000,00	30 000,00	30 000,00	30 000,00	30 000,00	30 000,00	30 000,00
Médicaments	1 500,00	1 500,00	1 500,00	1 500,00	1 500,00	1 500,00	1 500,00	1 500,00	1 500,00	1 500,00
Impôt fédéral (ligne 420)	2 671,20	452,85	2 761,20	2 446,20	2 761,20	1 806,90	2 761,20	1 806,90	2 761,20	1 167,60
Maintien à domicile	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Abattement	-440,75	-74,72	-455,60	-403,62	-455,60	-298,14	-455,60	-298,14	-455,60	-192,65
TOTAL:	2 230,45	378,13	2 305,60	2 042,58	2 305,60	1 508,76	2 305,60	1 508,76	2 305,60	974,95
Impôt Qc (ligne 413)	2 013,23	2 099,43	2 019,66	2 504,80	2 019,66	2 504,80	2 019,66	2 504,80	2 019,66	2 504,80
Ass. Médicaments	581,50	150,50	581,50	581,50	581,50	581,50	581,50	581,50	581,50	581,50
Contribution santé	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00
Crédit pour prime au travail	-	-390,10	-	-	-	-	-	-	-	-
TOTAL:	2 694,73	1 959,83	2 701,16	3 186,30	2 701,16	3 186,30	2 701,16	3 186,30	2 701,16	3 186,30
IMPÔTS TOTALS À PAYER (INDIVIDUELLEMENT)	4 925,18	2 337,96	5 006,76	5 228,88	5 006,76	4 695,06	5 006,76	4 695,06	5 006,76	4 161,25
IMPÔTS TOTALS À PAYER (GLOBALEMENT)	4 925,18	2 337,96	10 235,64		9 701,82		9 168,01			
Autres avantages fiscaux:										
Crédit TPS	-397,00	-794,00	-	-	-	-	-	-	-	-
Prestation fiscale	-	-5 731,00	-	-	-	-2 118,00	-	-2 118,00	-	-5 124,00
PUGE	-	-1 200,00	-	-	-	-1 200,00	-	-1 200,00	-	-3 600,00
Soutien aux enfants	-	-4 187,00	-	-	-	-2 917,00	-	-2 917,00	-	-5 744,00
Crédit d'impôt pour solidarité	-265,00	-265,00	-	-	-	-	-	-	-	-
	-265,00	-12 177,00	0,00	0,00	0,00	-6 235,00	0,00	-6 235,00	0,00	-14 468,00
IMPÔTS CONSIDÉRANT LES AVANTAGES FISCAUX (INDIVIDUELLEMENT)	4 660,18	-9 839,04	5 006,76	5 228,88	5 006,76	-1 539,94	5 006,76	-1 539,94	5 006,76	-10 306,75
IMPÔTS CONSIDÉRANT LES AVANTAGES FISCAUX (GLOBALEMENT)	4 660,18	-9 839,04	10 235,64		3 466,82		-5 299,99			

SCÉNARIO 2

Impact de la vie commune sur les pensionnés

	Scénario 2A Célibataire		Scénario 2B Célibataire		Scénario 2C Célibataire		Scénario 2D Célibataire		Scénario 2E Célibataire	
	\$	\$	\$	\$	\$	\$	\$	\$	\$	\$
Revenus d'emploi	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Revenus de pension	10 000,00		40 000,00		50 000,00		60 000,00		90 000,00	
Fractionnement du revenu Fédéral (le montant peut varier au fil du temps)										
Revenus sécurité vieillesse	6 368,25		6 368,25		6 368,25		6 368,25		6 368,25	
TOTAL DES REVENUS:	16 368,25		46 368,25		56 368,25		66 368,25		96 368,25	
Médicaments	2 500,00		2 500,00		2 500,00		2 500,00		2 500,00	
Impôt fédéral (ligne 420)	-		4 569,06		7 039,06		9 509,06		15 758,30	
Remb. programmes sociaux									4 305,04	
Main ten à domicile	-		-		-		-		-	
Abattement	-		-753,89		-753,89		-1 568,99		-2 600,12	
TOTAL:	0,00		3 815,17		6 285,17		7 940,07		17 463,22	
Impôt Qc (ligne 413)	-		4 595,96		6 955,96		9 315,96		15 216,05	
Ass. Médicaments	117,89		581,50		581,50		581,50		581,50	
Contribution santé	100,00		100,00		100,00		100,00		587,40	
Cotisation au FSS	-		150,00		187,40		287,40		150,00	
Crédit pour prime au travail	-		-		-		-		-	
TOTAL:	217,89		5 427,46		7 824,86		10 284,86		16 534,95	
IMPÔTS TOTAUX À PAYER (INDIVIDUELLEMENT)	217,89		9 242,63		14 110,03		18 224,93		33 998,17	
IMPÔTS TOTAUX À PAYER (GLOBALEMENT)	217,89		9 242,63		14 110,03		18 224,93		33 998,17	
Autres avantages fiscaux:										
Crédit TPS	-397,00		-		-		-		-	
Prestation fiscale	-		-		-		-		-	
PLUGE	-		-		-		-		-	
Soutien aux enfants	-		-		-		-		-	
Crédit d'impôt pour solidarité	-265,00		-		-		-		-	
TOTAL:	-662,00		0,00		0,00		0,00		0,00	
IMPÔTS CONSIDÉRANT LES AVANTAGES FISCAUX (INDIVIDUELLEMENT)	-444,11		9 242,63		14 110,03		18 224,93		33 998,17	
IMPÔTS CONSIDÉRANT LES AVANTAGES FISCAUX (GLOBALEMENT)	-444,11		9 242,63		14 110,03		18 224,93		33 998,17	

	Scénario 2F Couple		Scénario 2G Couple		Scénario 2H Couple		Scénario 2I Couple		Scénario 2J Couple		Scénario 2K Couple		Scénario 2L Couple	
	\$	\$	\$	\$	\$	\$	\$	\$	\$	\$	\$	\$	\$	\$
Revenus d'emploi	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Revenus de pension	10 000,00	40 000,00	10 000,00	60 000,00	40 000,00	40 000,00	40 000,00	60 000,00	40 000,00	60 000,00	50 000,00	60 000,00	40 000,00	90 000,00
Fractionnement du revenu fédéral (en montant versé au client)	13 600,00	-13 600,00	25 200,00	-25 200,00	4 800,00	-4 800,00	14 000,00	-14 000,00	21 000,00	-21 000,00	10 800,00	-10 800,00	21 600,00	-21 600,00
Revenus d'épargne-épargne	6 368,25	6 368,25	6 368,25	6 368,25	6 368,25	6 368,25	6 368,25	6 368,25	6 368,25	6 368,25	6 368,25	6 368,25	6 368,25	6 368,25
TOTAL DES REVENUS:	29 968,25	32 768,25	41 568,25	41 168,25	51 168,25	41 568,25	60 368,25	47 368,25	67 368,25	45 368,25	67 168,25	55 368,25	67 968,25	74 768,25
Médicaments	2 500,00	2 500,00	2 500,00	2 500,00	2 500,00	2 500,00	2 500,00	2 500,00	2 500,00	2 500,00	2 500,00	2 500,00	2 500,00	2 500,00
Impôt fédéral (ligne 430)	1 020,50	2 055,64	3 571,40	2 935,56	5 895,40	3 008,46	8 130,40	3 206,06	9 827,90	3 947,06	9 775,40	6 466,46	5 518,13	11 364,13
Remb. programmes sociaux	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	45,04	1 065,04
Maintien à domicile	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Abattement	-168,38	339,18	589,28	-484,37	-973,40	-496,40	-1 341,32	-520,00	-1 621,60	-451,26	-1 618,60	-1 066,97	-1 370,49	-1 875,08
TOTAL:	852,12	1 716,06	2 987,12	2 451,19	4 926,00	2 512,06	6 788,68	2 677,06	8 206,30	3 795,80	8 165,80	5 399,49	7 937,68	10 554,09
Impôt Gc (ligne 413)	1 255,84	2 895,99	4 056,17	4 199,99	5 583,25	4 907,07	6 383,25	6 167,07	6 903,25	7 707,07	7 583,25	9 087,07	9 134,24	11 387,40
Ass. Médicaments	581,50	581,50	581,50	581,50	581,50	581,50	581,50	581,50	581,50	581,50	581,50	581,50	581,50	581,50
Contribution santé	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00
Cotisation au F35	38,85	150,00	150,00	150,00	150,00	150,00	150,00	150,00	133,40	231,40	187,40	387,40	267,40	407,40
Crédit pour prime au travail	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
TOTAL:	1 976,29	3 731,49	4 887,67	5 031,49	6 414,75	5 736,57	7 214,75	6 906,57	7 738,15	8 609,07	8 452,15	10 055,37	10 123,14	12 476,30
IMPÔTS TOTAUX À PAYER (INDIVIDUELLEMENT)	2 828,41	5 447,05	7 869,79	7 482,68	11 340,75	8 230,63	14 003,63	9 875,63	15 944,45	11 905,77	16 617,95	15 455,46	18 115,82	23 030,39
IMPÔTS TOTAUX À PAYER (GLOBALEMENT)	8 276,36		13 352,47		19 531,38		23 679,26		27 850,22		32 073,41		41 146,21	
<u>Autres avantages fiscaux :</u>														
Crédit TPS	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Prestation fiscale	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
PUQE	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Souçon aux enfants	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Crédit d'impôt pour solidarité	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
IMPÔTS CONSÉQUENT LES AVANTAGES FISCAUX (INDIVIDUELLEMENT)	2 828,41	5 447,05	7 869,79	7 482,68	11 340,75	8 230,63	14 003,63	9 875,63	15 944,45	11 905,77	16 617,95	15 455,46	18 115,82	23 030,39
IMPÔTS CONSÉQUENT LES AVANTAGES FISCAUX (GLOBALEMENT)	8 276,36		13 352,47		19 531,38		23 679,26		27 850,22		32 073,41		41 146,21	

SCÉNARIO 3

Impact de la vie commune pour les aidants naturels

	Scénario 3A Célibataire		Scénario 3B Célibataire		Scénario 3C Couple	
	\$	\$	\$	\$	\$	\$
Revenus d'emploi		20 000,00		60 000,00	60 000,00	20 000,00
Revenus de pension		-		-	-	-
Revenus sécurité vieillesse		-		-	-	-
TOTAL DES REVENUS:		20 000,00		60 000,00	60 000,00	20 000,00
Médicaments		4 000,00		4 000,00	4 000,00	4 000,00
Montant pour aidant naturel (inférieur si montant pers. à charge adm. réclamé)		123,25		123,25	8 564,00	-
Impôt fédéral (ligne 420)		47,56		7 339,88	7 268,92	118,51
Supplément frais médicaux		-952,24		-	-	-
Abattement		-7,85		-1 211,08	-1 199,37	-19,55
TOTAL:		-912,53		6 128,80	6 069,55	98,96
Impôt Qc (ligne 413)		163,81		7 538,03	6 735,46	904,80
Ass. Médicaments		273,21		581,50	581,50	581,50
Contribution santé		100,00		100,00	100,00	100,00
Cotisation au FSS		-		-	-	-
Aidant naturel		-2 001,24		-1 075,00	-	-2 150,00
Crédit pour prime au travail		-		-	-	-
TOTAL:		-1 464,22		7 144,53	7 416,96	-563,70
IMPÔTS TOTAUX À PAYER (INDIVIDUELLEMENT)		-2 376,75		13 273,33	13 486,51	-464,74
IMPÔTS TOTAUX À PAYER (GLOBALEMENT)		-2 376,75		13 273,33	13 021,77	
Autres avantages fiscaux :						
Crédit TPS		-397,00		-	-	-
Prestation fiscale		-		-	-	-
PUGE		-		-	-	-
Soutien aux enfants		-		-	-	-
Crédit d'impôt pour solidarité		-265,00		-	-	-
		-662,00		0,00	0,00	0,00
IMPÔTS CONSIDÉRANT LES AVANTAGES FISCAUX (INDIVIDUELLEMENT)		-3 038,75		13 273,33	13 486,51	-464,74
IMPÔTS CONSIDÉRANT LES AVANTAGES FISCAUX (GLOBALEMENT)		-3 038,75		13 273,33	13 021,77	

CONFLITS D'INTÉRÊTS DE L'ADMINISTRATEUR/FIDUCIAIRE/BÉNÉFICIAIRE



Luc Martel

Avocat, M. Fisc., associé
Martel, Cantin Avocats
Professeur associé à
l'Université de Sherbrooke

PRÉCIS

L'auteur d'une planification fiscale et successorale met souvent en place, dans sa réorganisation, une fiducie familiale comme nouvel actionnaire de sa société commerciale. Cet auteur joue plusieurs rôles dans sa structure : actionnaire de contrôle et administrateur (souvent unique) de sa société, et fiduciaire et bénéficiaire de la fiducie familiale. Ce cumul des rôles crée des situations conflictuelles. Diverses clauses peuvent être prévues dans un acte de fiducie pour tenter de désamorcer à la source les heurts entre le rôle d'administrateur de la société et celui de fiduciaire de la fiducie. Quelles sont ces clauses? Ces clauses entraînent-elles des risques en droit civil ou en droit fiscal? Si oui, comment peut-on les atténuer? Au pis-aller, quels sont les principaux recours auxquels l'auteur peut se trouver confronté à titre de fiduciaire ou à titre d'administrateur?

ABSTRACT

It happens very frequently that a person that plans for his estate sets up a family trust as a new shareholder of his operating corporation. The person may play different roles in the structure such as being the controlling shareholder and a director (usually the only one) of the corporation and be at the same time a trustee and beneficiary of the family trust. This can create situations where there is conflict of interests. To avoid these situations, it is possible to include clauses in the trust agreement in order to minimize the difficulties associated with a person being at the same time a director and a trustee. What kind of clauses can be drafted? Do these clauses create risks from either a civil law or tax law perspective? If they do, how can these risks be reduced? Finally, what are the main legal actions that could be taken against a trustee or a director?

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	799
1. POUVOIRS ET DEVOIRS DES ADMINISTRATEURS ET DES FIDUCIAIRES	803
1.1. PRUDENCE ET DILIGENCE.....	808
1.2. HONNÊTÉTÉ ET LOYAUTÉ	809
1.2.1. Utilisation de biens.....	810
1.2.2. Utilisation d'information.....	811
1.2.3. Rémunération	811
1.2.4. Profits secrets	812
1.2.5. Ratification	812
1.2.6. Contrats avec la compagnie.....	813
1.2.7. Survie des devoirs	814
1.2.8. Renonciation aux devoirs	814
1.2.9. Devoirs « fiduciaires » pour le fiduciaire	815
2. EXEMPLES DE CLAUSES ÉLARGISSANT LES POUVOIRS DU FIDUCIAIRE-AUTEUR DU GEL	821
2.1. FINS DE LA FIDUCIE.....	822
2.2. RÉVOCATION D'UN BÉNÉFICIAIRE.....	824
2.3. FACULTÉ D'ÉLIRE	824
2.4. REMPLACEMENT OU AJOUT DE FIDUCIAIRES	826
2.5. REMPLACEMENT DISCRÉTIONNAIRE DE FIDUCIAIRES	826
2.6. PRISE DE DÉCISION.....	826
2.7. REDDITION DE COMPTES	827
2.8. DÉLÉGATION	827
2.9. CONSERVATION DES BIENS	828
2.10. DROIT DE VOTE SUR ACTIONS	829
3. PRÉOCCUPATIONS OCCASIONNÉES PAR LES POUVOIRS	831
3.1. FRACTIONNEMENT DE REVENUS ET GAINS EN CAPITAL.....	831
3.2. PROTECTION D'ACTIF	839
4. ATTÉNUATIONS AUX POUVOIRS DU FIDUCIAIRE-AUTEUR DU GEL	843
4.1. FINS DE LA FIDUCIE.....	843
4.2. RÉVOCATION D'UN BÉNÉFICIAIRE.....	845
4.3. FACULTÉ D'ÉLIRE	846
4.4. REMPLACEMENT OU AJOUT DE FIDUCIAIRES	848
4.5. REMPLACEMENT DISCRÉTIONNAIRE DE FIDUCIAIRES	848

4.6.	PRISE DE DÉCISION.....	849
4.7.	REDDITION DE COMPTES.....	852
4.8.	DÉLÉGATION.....	854
4.9.	CONSERVATION DES BIENS.....	856
5.	RECOURS CONTRE LES ADMINISTRATEURS ET FIDUCIAIRES.....	857
5.1.	RECOURS CONTRE LES FIDUCIAIRES.....	858
5.1.1.	Recours pour excès ou abus de pouvoir.....	859
5.1.2.	Droits de surveillance.....	860
5.1.3.	Personnes pouvant exercer les recours contre le fiduciaire.....	862
5.2.	RECOURS POUR OPPRESSION EN DROIT SUR LES SOCIÉTÉS.....	866
	CONCLUSION.....	872

INTRODUCTION

De nos jours, qui ne connaît pas le concept de société par actions (« compagnie »)? La compagnie est un outil que nous avons appris à utiliser pour nos clients et, depuis peu, pour nous-mêmes, maintenant qu'il est possible aux professionnels de rendre leurs services par l'intermédiaire d'une compagnie.

Plus récemment¹, le concept de fiducie est devenu à la mode, autant dans les planifications entre vifs que dans les planifications testamentaires. La fiducie est un outil que les praticiens apprennent à apprivoiser. Elle est un sujet sur lequel on peut sans cesse s'étendre. Il ne se passe plus de congrès de l'Association de planification fiscale et financière (pour ne parler que de cette organisation) sans qu'au moins un texte ne soit consacré au sujet de la fiducie. Sans compter des colloques qui sont consacrés exclusivement à ce thème.

Les fiscalistes n'ont pas tardé à marier compagnie et fiducie dans leurs planifications, tout particulièrement dans le contexte des planifications successorales. Par planification successorale, on entend une planification par laquelle un entrepreneur (« auteur ») de la mise en place de la planification procède au « gel » de la valeur qu'il a accumulée jusqu'à ce jour dans son entreprise constituée en société, au bénéfice d'autres personnes (« bénéficiaires ») de la planification.

Il ne sera pas question ici des différentes techniques utilisées par les fiscalistes pour procéder à une telle planification successorale, ce sujet ayant déjà fait l'objet d'une foule de textes dont certains ont été écrits par l'auteur du présent texte².

Retenons simplement que, dans le cadre d'une telle planification successorale, il est fréquent qu'au lieu d'identifier immédiatement les bénéficiaires de la planification, une fiducie soit utilisée comme premier bénéficiaire du gel.

¹ Tout particulièrement depuis la révision du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (« C.c.Q. »), en 1994.

² Luc MARTEL, « Les techniques de gel successoral », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 4:1-122.

La fiducie est fort utile dans ce genre de planification, dès lors que l'auteur se heurte à l'une des trois incertitudes suivantes³ :

- l'incertitude quant à l'identification des bénéficiaires ultimes, par exemple :
 - conjoint de l'auteur?
 - enfants de l'auteur? si oui, lequel ou lesquels de ces derniers?
 - autres personnes?;
- l'incertitude quant à la répartition de la plus-value future de l'entreprise entre les bénéficiaires ultimes :
 - partage égal entre les bénéficiaires?
 - remise d'une participation majoritaire à l'un des bénéficiaires?
 - autre répartition?
- l'incertitude quant à la volonté même de vouloir procéder à la planification successorale :
 - l'auteur veut-il vraiment que la totalité de la plus-value future de son entreprise profite à d'autres?
 - veut-il se conserver la possibilité de reprendre pour son compte toute cette plus-value ou une partie de celle-ci?

Souvent, l'auteur du gel est affligé des trois incertitudes.

En faisant en sorte que les actions participatives donnant droit à la plus-value future de l'entreprise soient la propriété d'une fiducie, l'auteur se réserve une période additionnelle d'une vingtaine d'années pour répondre à ces incertitudes.

³ Pour un texte plus détaillé sur ces trois incertitudes, voir : Luc MARTEL, « Partie B – Fiducie dans un contexte de transmission d'entreprise », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 30:12-25.

Nous nous retrouvons donc avec une structure où l'auteur de la planification détient habituellement des actions de contrôle de son entreprise constituée en société, ainsi que des actions de gel, et une fiducie entre vifs qui souscrit ou se voit transférer les actions participatives de l'entreprise constituée en société, ce qui lui donne droit à la plus-value de l'entreprise à compter de la date de l'acquisition de ces actions participatives.

Il n'est pas inhabituel dans ce genre de planification que l'auteur porte plusieurs chapeaux, c'est-à-dire :

- l'auteur demeure actionnaire de la compagnie exploitant l'entreprise;
- l'auteur est administrateur, sinon l'administrateur unique, de la compagnie en question;
- l'auteur est fiduciaire avec d'autres ou fiduciaire unique de la fiducie créée aux fins de la planification⁴;
- l'auteur pourra lui-même être l'un des bénéficiaires de la fiducie.

Le fait que l'auteur assume toutes ces situations crée des situations conflictuelles.

Si l'auteur, à titre de bénéficiaire de la fiducie, souhaite retirer des sommes de la fiducie, il fera en sorte à titre de fiduciaire de la fiducie que celle-ci lui verse les sommes qu'il désire. Pour que la fiducie possède les sommes qu'il aimerait recevoir à titre de bénéficiaire de la fiducie, il faudra que la compagnie verse de telles sommes à la fiducie. Alors, l'auteur, à titre d'administrateur de la compagnie, veillera à ce que celle-ci déclare en dividende les sommes jugées nécessaires pour que la fiducie puisse avantager son bénéficiaire. Il faut noter que l'auteur aurait également pu se déclarer un dividende directement sur ses actions privilégiées de gel, sans passer par la fiducie.

Le ou les autres administrateurs de la compagnie feront-ils obstruction à un tel dividende? Si l'auteur a fait en sorte d'être l'administrateur unique de la compagnie, un actionnaire insatisfait de cette distribution pourra-t-il intervenir? Dans le présent contexte, les deux seuls actionnaires étant, d'une

⁴ Si l'auteur est lui-même parmi la liste des bénéficiaires de la fiducie, il ne pourra agir à titre de fiduciaire unique et devra s'adjoindre un ou quelques autres fiduciaires : art. 1275 C.c.Q.

part, l'auteur du gel lui-même et, d'autre part, la fiducie de gel, l'un ou l'autre de ces actionnaires sera malvenu de se plaindre d'un tel dividende.

Une fois le dividende versé à la fiducie, le fait que le montant du dividende soit attribué à un bénéficiaire en particulier, permettra-t-il aux autres bénéficiaires de s'en plaindre?

Dans toute la chaîne de distribution des fonds, quels recours seraient disponibles pour contrecarrer toute situation jugée abusive, qui pourrait les exercer et dans quel contexte?

De nombreux textes ont déjà été écrits sur les pouvoirs et devoirs des administrateurs⁵, de même que sur ceux des fiduciaires⁶.

Le but recherché ne sera pas de faire un texte doctrinal sur les pouvoirs et devoirs des administrateurs et des fiduciaires. Nous allons plutôt tenter de voir de quelle manière un acte de fiducie pourrait être rédigé pour naviguer entre les pouvoirs que l'auteur d'un gel souhaiterait avoir comme fiduciaire, sans contrevenir à ses devoirs à un degré tel que ses décisions pourraient être contestées ou renversées, et même lui faire perdre son statut de fiduciaire.

Cependant, pour mieux comprendre jusqu'où un acte de fiducie devrait permettre à un fiduciaire d'agir sans trop contrevenir à ses devoirs, encore faut-il connaître ceux-ci.

Nous procéderons d'abord à une revue sommaire des pouvoirs et devoirs des administrateurs, comparativement à ceux des fiduciaires.

Puis, une série de dispositions qu'un acte de fiducie pourrait prévoir pour faciliter la vie à l'auteur du gel qui agit comme fiduciaire sera énoncée. Nous verrons ensuite les risques que de telles dispositions peuvent entraîner.

⁵ Entre autres, voir François GIROUX, « Partie A – 21 ans après le gel », dans *Congrès 2010*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2011, pp. 34:5-10, pour un survol de ceux-ci. Pour une revue complète et détaillée des pouvoirs et devoirs des administrateurs, voir la bible sur le sujet : Paul MARTEL, *La société par actions au Québec : Les aspects juridiques*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur Martel ltée, 2012, ch. 22 et 23.

⁶ Voir, entre autres, le texte de Julie LORANGER, « Les limites des pouvoirs fiduciaires dans les fiducies entre vifs », dans *Congrès 2011*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2012, pp. 22:1-42.

Et finalement, nous apporterons certaines suggestions de rédaction pour atténuer, sinon éliminer ces risques.

Au préalable, nous tenons à rappeler qu'il existe également une fiducie fréquemment utilisée pour tenter de protéger les éléments d'actif d'un contribuable contre ses créanciers. Il s'agit de la fiducie pour soi, dite « en faveur de soi-même », qui permet de transférer, avec roulement, c'est-à-dire avec impôt reporté, des biens que l'on détient personnellement à une telle fiducie⁷. Une telle fiducie est créée par un individu à titre de constituant, au bénéfice d'un seul bénéficiaire qui est cet individu même, lequel agit également à titre de fiduciaire, sous réserve de l'exigence du *Code civil du Québec* qu'il agisse conjointement avec un autre fiduciaire. Dans ce genre de fiducie en faveur de soi-même, les conflits entre les pouvoirs et les devoirs d'un fiduciaire ne suscitent pas grande inquiétude étant donné qu'il n'y a pas d'autres bénéficiaires dont les intérêts peuvent être lésés. La seule préoccupation sera de ne pas donner à un créancier du constituant/fiduciaire/bénéficiaire, ouverture à la prétention que la fiducie n'existe pas vraiment et qu'il ne s'agit que d'une extension des biens personnels du constituant/fiduciaire/bénéficiaire, mettant ainsi en péril la notion de patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant/fiduciaire/bénéficiaire.

1. POUVOIRS ET DEVOIRS DES ADMINISTRATEURS ET DES FIDUCIAIRES

Aux fins de la présente section, nous avons pensé dresser un tableau comparatif des mesures figurant au *Code civil du Québec* et dans les lois relatives aux sociétés en ce qui a trait aux pouvoirs et surtout aux devoirs des administrateurs et des fiduciaires. Nous serons mieux à même de constater les similitudes et les différences entre les pouvoirs et devoirs des administrateurs par rapport à ceux des fiduciaires.

⁷ *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) et mod. (« L.I.R. »), s.-al. 73(1.01)c)(ii), par. 73(1.02) et div. 104(4)a)(ii.1)(A); *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (« L.I. »), art. 454, 454.1, 454.2 et par. 653a).

POUVOIRS ET DEVOIRS DES ADMINISTRATEURS ET DES FIDUCIAIRES			
<i>Code civil du Québec (fiduciaire)</i>	<i>Code civil du Québec (administrateur)</i>	<i>Loi sur les sociétés par actions</i> ⁸	<i>Loi canadienne sur les sociétés par actions</i> ⁹
<p>Art. 1309 Le fiduciaire (à titre d'administrateur du bien d'autrui chargé de la pleine administration : art. 1278, al. 2 C.c.Q.) doit agir avec prudence et diligence.</p> <p>Il doit agir avec honnêteté et loyauté dans le meilleur intérêt du bénéficiaire ou de la fin poursuivie.</p>	<p>Art. 322 L'administrateur doit agir avec prudence et diligence. Il doit aussi agir avec honnêteté et loyauté dans l'intérêt de la personne morale.</p> <p>Art. 2138 Le mandataire (ce qui comprend l'administrateur puisque ce dernier est considéré comme mandataire de la personne morale : art. 321, al. 1 C.c.Q.) [...] doit agir avec prudence et diligence. Il doit également agir avec honnêteté et loyauté dans le meilleur intérêt du mandant.</p>	<p>Art. 119 Les administrateurs sont soumis aux obligations auxquelles est assujéti tout administrateur d'une personne morale en vertu du Code civil (voir les articles 321 à 324, 2138, 2140 à 2142, 2146 et 2184 C.c.Q.).</p> <p>En conséquence, les administrateurs sont notamment tenus envers la société [...] d'agir avec prudence et diligence de même qu'avec honnêteté et loyauté dans son intérêt.</p>	<p>Par. 122(1) Les administrateurs [...] doivent [...] agir : a) avec intérêt et de bonne foi au mieux des intérêts de la société; b) avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente.</p>
<p>Art. 1310 Le fiduciaire ne peut exercer ses pouvoirs dans son propre intérêt ni dans celui d'un tiers; il ne peut non plus se placer dans une situation de conflit entre son intérêt personnel et celui des autres bénéficiaires.</p> <p>S'il est lui-même bénéficiaire, il doit exercer ses pouvoirs dans l'intérêt commun, en considérant son intérêt au même titre que celui des autres bénéficiaires.</p>	<p>Art. 323, al. 1 L'administrateur ne peut confondre les biens de la personne morale avec les siens; [...].</p> <p>Art. 324, al. 1 L'administrateur doit éviter de se placer dans une situation de conflit entre son intérêt personnel et ses obligations d'administrateur.</p> <p>Art. 2138, al. 2 Le mandataire (administrateur) doit [...] éviter de se placer dans une situation de conflit entre son intérêt personnel et celui de son mandant.</p>		<p>(Il n'y a pas de disposition équivalente dans la <i>Loi canadienne sur les sociétés par actions</i>, mais il est probable que l'article 324 C.c.Q. est applicable aux administrateurs des sociétés fédérales au Québec¹⁰.)</p>

⁸ L.Q. 2009, c. 52 (« L.S.A. »).

⁹ L.R.C. (1985), ch. C-44 et mod. (« L.C.S.A. »).

¹⁰ P. MARTEL, précité, note 5, par. 23-277.

POUVOIRS ET DEVOIRS DES ADMINISTRATEURS ET DES FIDUCIAIRES			
<i>Code civil du Québec (fiduciaire)</i>	<i>Code civil du Québec (administrateur)</i>	<i>Loi sur les sociétés par actions⁸</i>	<i>Loi canadienne sur les sociétés par actions⁹</i>
<p>Art. 1314 Le fiduciaire ne peut utiliser à son profit le bien qu'il administre ou l'information qu'il obtient en raison même de son administration (à moins que le bénéficiaire n'y consente [...]).</p>	<p>Art. 323, al. 1 L'administrateur [...] ne peut utiliser, à son profit ou au profit d'un tiers, les biens de la personne morale ou l'information qu'il obtient en raison de ses fonctions (à moins qu'il n'y ait autorisé par les actionnaires).</p> <p>Art. 2146 Le mandataire (administrateur) ne peut utiliser à son profit l'information qu'il obtient ou le bien qu'il est chargé de recevoir ou d'administrer dans l'exécution de son mandat (à moins que le mandant n'y ait consenti [...]).</p>		<p>Art. 131 [L'initié] est [...] redevable envers la société des profits ou avantages obtenus ou à obtenir par lui, à la suite de l'achat ou de la vente d'une valeur mobilière de la société tout en ayant connaissance d'un renseignement confidentiel. (Est un « initié » un administrateur qui reçoit des renseignements confidentiels importants concernant la société.)</p>
<p>Art. 1317 S'il y a plusieurs bénéficiaires [...] simultanément ou successivement, le fiduciaire est tenu d'agir avec impartialité à leur égard, compte tenu de leurs droits respectifs.</p>			
<p>Art. 1308 Le fiduciaire doit, dans l'exercice de ses fonctions, respecter les obligations que la loi et l'acte constitutif lui imposent; il doit agir dans les limites des pouvoirs qui lui sont conférés.</p>	<p>Art. 321 [...] L'administrateur doit, dans l'exercice de ses fonctions, respecter les obligations que la loi, l'acte constitutif et les règlements lui imposent et agir dans les limites des pouvoirs qui lui sont conférés.</p>	<p>Art. 120 Sous réserve [d'une convention unanime], aucune disposition des statuts, du règlement intérieur, d'une résolution ou d'un contrat ne peut libérer les administrateurs des obligations auxquelles ils sont tenus, ni de leur responsabilité en cas de manquement aux obligations.</p>	<p>Par. 122(2) Les administrateurs [...] doivent observer la présente loi, ses règlements d'application, les statuts, les règlements administratifs ainsi que les conventions unanimes des actionnaires.</p> <p>Par. 122(3) [...] aucune disposition d'un contrat des statuts, des règlements administratifs ou d'une résolution ne peut libérer les administrateurs [...] de l'obligation d'agir conformément à la présente loi et à ses règlements d'application ni des responsabilités découlant de cette obligation.</p>

POUVOIRS ET DEVOIRS DES ADMINISTRATEURS ET DES FIDUCIAIRES			
<i>Code civil du Québec (fiduciaire)</i>	<i>Code civil du Québec (administrateur)</i>	<i>Loi sur les sociétés par actions⁸</i>	<i>Loi canadienne sur les sociétés par actions⁹</i>
<p>Art. 1337 Le fiduciaire (administrateur du bien d'autrui) 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 cofiduciaires.</p>	<p>Art. 2140 Le mandataire (ce qui comprend l'administrateur puisque ce dernier est considéré comme mandataire de la personne morale : art. 321, al. 1 C.c.Q.) est tenu d'accomplir personnellement le mandat, à moins que le mandant ne l'ait autorisé à se substituer une autre personne pour exécuter tout ou partie du mandat.</p>	<p>Art. 118 Le conseil d'administration ne peut déléguer le pouvoir de [suivi d'une liste de 15 pouvoirs].</p>	<p>Par. 115(1) Les administrateurs peuvent déléguer certains de leurs pouvoirs à un administrateur-gérant, choisi parmi eux, [...] ou à un comité du conseil d'administration.</p>
<p>Art. 1306 Celui qui est chargé de la pleine administration doit : a) conserver et faire fructifier le bien; b) accroître le patrimoine ou en réaliser l'affectation lorsque l'intérêt du bénéficiaire ou la poursuite du but de la fiducie l'exigent.</p>			
<p>Art. 1311 Le fiduciaire doit, sans délai, dénoncer au bénéficiaire tout intérêt qu'il a dans une entreprise et qui est susceptible de le placer en situation de conflit d'intérêts, ainsi que les droits qu'il peut faire valoir contre lui ou dans les biens administrés.</p>	<p>Art. 324, al. 2 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'intérêts, ainsi que les droits qu'il peut faire valoir contre elle [...].</p> <p>Art. 325 Tout administrateur peut [...] acquérir [...] des droits dans les biens qu'il administre ou contracter avec la personne morale. Il doit signaler aussitôt le fait à la personne morale [...] et demander que le fait soit consigné au procès-verbal.</p>	<p>Art. 122 Un administrateur [...] doit dénoncer la nature et la valeur de tout intérêt qu'il a dans un contrat ou dans une opération auquel la société est partie.</p> <p>Art. 123 Un administrateur [...] doit dénoncer tout contrat ou opération auquel est partie la société et : a) une personne liée à cet administrateur [...]; b) un groupement dont il est administrateur; c) un groupement dans lequel il a un intérêt ou dans lequel une personne qui lui est liée a un intérêt (il doit alors dénoncer la nature et la valeur de cet intérêt).</p>	<p>Par. 120(1) L'administrateur [...] doit communiquer par écrit à la société ou demander que soient consignées au procès-verbal [...] la nature et l'étendue de son intérêt dans un contrat ou une opération – en cours ou projeté – d'importance avec elle [...] a) s'il en est partie; b) s'il est administrateur [...] d'une partie; ou c) s'il possède un intérêt important.</p>

POUVOIRS ET DEVOIRS DES ADMINISTRATEURS ET DES FIDUCIAIRES			
<i>Code civil du Québec (fiduciaire)</i>	<i>Code civil du Québec (administrateur)</i>	<i>Loi sur les sociétés par actions⁸</i>	<i>Loi canadienne sur les sociétés par actions⁹</i>
<p>Art. 1312 Le fiduciaire ne peut, pendant son administration, se porter partie à un contrat qui touche les biens administrés, ni acquérir autrement que par succession des droits sur ces biens ou contre le bénéficiaire.</p> <p>Il peut, néanmoins, y être expressément autorisé par le bénéficiaire ou, en cas d'empêchement ou à défaut d'un bénéficiaire déterminé, par le tribunal.</p>	<p>Art. 325 [L'administrateur] doit, sauf nécessité, s'abstenir de délibérer et de voter sur la question.</p>	<p>Art. 127 L'administrateur ne peut participer au vote [...] sauf pour sa rémunération ou pour celle d'une personne qui lui est liée.</p>	<p>Par. 120(5) L'administrateur visé [...] ne peut participer au vote (sauf pour sa rémunération).</p>
	<p>Art. 326 Lorsque l'administrateur [...] omet de dénoncer correctement et sans délai une acquisition ou un contrat, le tribunal [...] peut, entre autres mesures, annuler l'acte ou ordonner à l'administrateur de rendre compte et de remettre à la personne morale le profit réalisé ou l'avantage reçu.</p>	<p>Art. 131 La société ou un actionnaire peut, lorsque l'un des administrateurs [...] ne se conforme pas [à la dénonciation de son intérêt], demander au tribunal de prononcer la nullité du contrat ou de l'opération et d'enjoindre l'administrateur [...] de rendre compte et de remettre à la société le profit réalisé ou l'avantage reçu par lui ou les personnes qui lui sont liées.</p>	<p>Par. 120(8) Le tribunal peut [...] rendre une ordonnance d'annulation du contrat ou de l'opération [...] et enjoindre à l'administrateur [...] de rendre compte à la société de tout bénéfice qu'il en a tiré.</p>

Il ne faut pas oublier que ce qui figure au *Code civil du Québec* et dans les lois sur les sociétés est principalement à titre supplétif, et que les parties sont libres de convenir de ce qu'elles veulent dans les ententes qui interviennent entre elles. Cependant, certaines des règles prévues au *Code civil du Québec* ou dans les lois sur les sociétés sont moins supplétives qu'on le pense et doivent même être considérées comme étant d'ordre public, c'est-à-dire que les parties ne peuvent tenter d'y déroger dans les ententes dont elles conviennent entre elles¹¹. Le problème est que les auteurs et la jurisprudence ne s'entendent toujours pas sur lesquelles de ces règles sont d'un caractère supplétif plutôt qu'obligatoire¹².

On constate à la lecture de ce tableau comparatif que tant les fiduciaires que les administrateurs sont soumis à une double série de devoirs : ceux de prudence et de diligence, et ceux de loyauté et d'honnêteté. À ces deux catégories de devoirs une troisième catégorie pourrait se greffer, à savoir le devoir d'agir personnellement dans les limites de leur pouvoir¹³.

1.1. PRUDENCE ET DILIGENCE

Contrairement au droit fédéral, notre droit québécois n'exige plus qu'un administrateur soit au moins aussi compétent ou habile qu'une « personne raisonnable ». Comme le dit si bien Paul Martel, « [i] serait en effet illusoire de s'attendre à ce qu'un administrateur naïf, ignorant ou incompétent fasse preuve d'une habileté qu'il n'a pas, et injuste de lui tenir rigueur d'une telle lacune »¹⁴.

La doctrine et la jurisprudence canadienne et québécoise se sont ralliées à l'attitude anglaise selon laquelle « un administrateur n'est pas tenu de manifester dans l'accomplissement de ses devoirs un plus grand degré d'habileté qu'il n'est légitime d'en attendre d'une personne de sa connaissance et de son expérience »¹⁵.

¹¹ Art. 9 C.c.Q., où il est écrit ceci : « Dans l'exercice des droits civils, il peut être dérogé aux règles du présent code qui sont supplétives de volonté; il ne peut, cependant, être dérogé à celles qui intéressent l'ordre public. »

¹² J. LORANGER, précité, note 6, 22:17.

¹³ P. MARTEL, précité, note 5, par. 23-8 à 23-20.

¹⁴ *Id.*, par. 23-35.

¹⁵ Traduction d'un extrait de l'affaire *In re City Equitable Fire Insurance Co. Ltd.*, [1925] ch. 407, tel que cité dans *id.*, par. 23-36.

Dorénavant, ce qui importe, ce n'est pas la compétence de l'administrateur, mais la manière dont il s'est acquitté de sa tâche : a-t-il fait montre de suffisamment de prudence, de soin et d'attention? On exige de l'administrateur qu'il apporte à sa tâche un soin et une prudence raisonnables, compte tenu de sa compétence, de son expérience et de sa fonction dans la société¹⁶.

Comment une gestion imprudente ou non diligente se manifeste-t-elle? Elle peut résulter de l'omission d'assister aux réunions, de l'omission d'agir, de l'omission de se renseigner adéquatement, de l'omission de bien choisir ou de bien surveiller des personnes à qui des pouvoirs sont délégués, ou encore d'actes imprudents ou insoucians¹⁷.

1.2. HONNÊTÉTÉ ET LOYAUTÉ

Pour ce qui est des devoirs d'honnêteté et de loyauté auxquels sont soumis les administrateurs, la Cour suprême du Canada les a récemment décrits comme suit¹⁸ :

« En vertu de l'obligation fiduciaire prévue par la loi, les administrateurs et les dirigeants doivent agir avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société. Ils doivent respecter la confiance qui leur a été accordée et gérer les actifs qui leur sont confiés de manière à réaliser les objectifs de la société. Ils doivent éviter les conflits d'intérêts avec la société. Ils ne doivent pas profiter du poste qu'ils occupent pour tirer un avantage personnel. Ils doivent préserver la confidentialité des renseignements auxquels leurs fonctions leur donnent accès. Les administrateurs et les dirigeants doivent servir la société de manière désintéressée et avec loyauté et intégrité¹⁹. »

M^c Paul Martel cite une affaire de la Cour d'appel de Saskatchewan qui rappelle que les devoirs de loyauté de l'administrateur incombent à celui-ci du seul fait qu'il occupe cette fonction, que ce soit de façon active ou non : « To this point, the law has not typically recognized an animal such as a "nominal", "passive", "dummy", "puppet" or "eunuch" director²⁰. » Ces

¹⁶ P. MARTEL, précité, note 5, par. 23-40 et 23-41.

¹⁷ *Id.*, par. 23-47 : dans son ouvrage, M^e P. Martel reprend chacune des omissions mentionnées ci-dessus pouvant conduire à la constatation d'une gestion imprudente ou non diligente.

¹⁸ *Magasins à rayons Peoples Inc. (Syndic de) c. Wise*, 2004 CSC 68.

¹⁹ *Id.*, par. 35.

²⁰ *101109718 Saskatchewan Ltd. c. Agrikalium Potash Corporation*, 2011 SKCA 82, par. 16, tel que cité dans P. MARTEL, précité, note 5, par. 23-155.1.

devoirs d'honnêteté et de loyauté représentent la codification, dans notre législation, du *fiduciary duties* de la common law, communément appelée les « devoirs fiduciaires » des administrateurs, lesquelles notions sont une création de l'*equity* anglaise qui remonte à plus de deux siècles²¹.

Ces devoirs d'honnêteté et de loyauté de la part des administrateurs présupposent de leur part le respect de certains principes.

1.2.1. Utilisation de biens

L'administrateur ne doit pas confondre les biens de la compagnie avec les siens. Il ne doit pas utiliser à son profit ou à celui d'un tiers les biens de la compagnie. S'il le fait, il peut être appelé à verser à la compagnie une somme correspondante à son enrichissement²².

Par utilisation des biens de la compagnie, on entend, entre autres, le fait de détourner des fonds de la compagnie, d'occuper sans payer de loyer adéquat des locaux appartenant à la compagnie, d'utiliser à des fins personnelles de l'équipement que l'administrateur a fait acheter à la compagnie. Dans ce contexte, le mot « bien » doit s'interpréter dans son sens large, et comprendre des biens intangibles, tels que la clientèle de la compagnie ou ses « occasions d'affaires ». Un administrateur ne doit pas tenter de détourner à son bénéfice, direct ou indirect, de telles occasions d'affaires.

Le détournement de biens de la compagnie par son administrateur, en plus de donner ouverture à des recours en indemnisation, a également amené les tribunaux à ordonner la rétrocession de biens par voie d'injonction, la reddition de comptes et des dommages-intérêts, une injonction interlocutoire ou une ordonnance de sauvegarde interdisant aux administrateurs de s'emparer ou de tenter de s'emparer d'une occasion d'affaires, etc.

²¹ Pour les grandes lignes des *fiduciary duties* en droit anglo-canadien, voir P. MARTEL, précité, note 5, par. 23-158 et suiv.

²² P. MARTEL, précité, note 5, par. 23-333 : parmi la jurisprudence citée par M^e P. Martel pour soutenir ce principe, il y a l'affaire *Levy-Russel Ltd. c. Tecmotiv Inc.*, [1994] O.J. N^o 650 (Gen. Div.), où les administrateurs ont été jugés avoir violé leurs devoirs de loyauté pour avoir conspiré en vue d'empêcher la vente des biens de la société à un acquéreur potentiel, et pour avoir acheté eux-mêmes ces biens à rabais du *receiver* (séquestre) chargé de les vendre. Ils ont été condamnés à des dommages correspondant à la différence entre le prix offert par le tiers et le prix d'achat des biens.

1.2.2. Utilisation d'information

Un administrateur ne doit pas, non plus, utiliser à son profit l'information qu'il obtient « dans l'exécution de son mandat » (art. 2146 C.c.Q.) ou « en raison de ses fonctions » (art. 323 C.c.Q.)²³.

1.2.3. Rémunération

La rémunération des administrateurs d'une compagnie est fixée... par les administrateurs²⁴. Cela place les administrateurs en flagrante position de conflit d'intérêts lorsque la rémunération à fixer est la leur, ou celle de membres de leur famille.

Libre alors aux actionnaires de restreindre dans les statuts ou les règlements ou encore dans une convention unanime des actionnaires ce pouvoir des administrateurs de fixer leur propre rémunération, par exemple, en l'assujettissant à l'approbation d'une certaine proportion des actionnaires²⁵.

En principe, l'administrateur a comme devoir de ne pas contracter avec sa propre compagnie. Exceptionnellement, le fait pour l'administrateur de fixer sa propre rémunération à titre d'administrateur n'est pas considéré comme un manquement à ce devoir²⁶.

Tant au fédéral qu'au provincial, l'administrateur doit cependant dénoncer son intérêt quant à la détermination de sa propre rémunération comme administrateur de la compagnie. En vertu de la loi du Québec, l'administrateur doit de plus dénoncer son intérêt sur la rémunération d'une personne qui lui est liée²⁷.

Contrairement aux autres situations où il a un intérêt personnel dans un contrat ou une opération auquel sa compagnie est partie, l'administrateur

²³ P. MARTEL, précité, note 5, par. 23-340.

²⁴ Art. 117 L.S.A.; art. 125 L.C.S.A.

²⁵ P. MARTEL, précité, note 5, par. 23-349 à 23-352. La loi prévoit effectivement que le pouvoir des administrateurs en matière de rémunération leur est conféré, « sauf disposition contraire du règlement intérieur ou d'une convention unanime des actionnaires » : précité, note 24.

²⁶ Art. 325 C.c.Q. dernière phrase; par. 127 1) et 127 2) L.S.A.; al. 120(5)a) L.C.S.A.

²⁷ Par. 123 1) L.S.A.

peut participer au vote sur l'approbation de sa rémunération, de même que sur la modification de celle-ci, une fois qu'il aura dénoncé son intérêt sur celle-ci²⁸.

Même si l'administrateur peut voter sur sa rémunération, ou sur celle des membres de sa famille, cela ne veut pas dire qu'il peut exagérer. La rémunération doit être raisonnable dans les circonstances (nature des services rendus; quantité et qualité de ces services). L'administrateur demeure assujéti à son devoir d'agir dans l'intérêt de la compagnie et de ne pas abuser de son pouvoir. Une rémunération excessive sera jugée frauduleuse et justifiera l'intervention du tribunal, à la demande d'un actionnaire²⁹.

1.2.4. Profits secrets

L'administrateur doit remettre à la compagnie tout ce qu'il a reçu dans l'exécution de ses fonctions même si ce qu'il a reçu n'était pas dû à celle-ci, plus intérêts³⁰. Étant donné que cette reddition de comptes ne survient qu'à la fin du mandat, toute demande de reddition de comptes forcée devra être accompagnée de la destitution de l'administrateur³¹.

1.2.5. Ratification

Il est interdit au mandataire de réaliser un profit en utilisant l'information qu'il obtient ou le bien qu'il est chargé de recevoir ou d'administrer, « à moins que le mandant n'y ait consenti »³². L'article 323 C.c.Q. est au même effet, sauf que l'autorisation dont il parle n'est pas celle de la personne morale, mais bien celle de ses membres, soit ses actionnaires. Pour faire exception à ce devoir « fiduciaire », les actionnaires de la compagnie devront l'avoir autorisé, en pleine connaissance de tous les faits et sans influence indu.

²⁸ Par. 127 1) L.S.A.; al. 120(1)a) et 120(5)a) L.C.S.A.; art. 325, al. 2 C.c.Q. *in fine*.

²⁹ P. MARTEL, précité, note 5, par. 23-359.

³⁰ Art. 2184 C.c.Q. Cela vise notamment les pots-de-vin et les commissions secrètes perçues par l'administrateur.

³¹ P. MARTEL, précité, note 5, par. 23-369.

³² Art. 2146 C.c.Q.

La même interdiction est faite au fiduciaire (agissant à titre d'administrateur du bien d'autrui), à moins que le bénéficiaire n'ait consenti à un tel usage³³.

1.2.6. Contrats avec la compagnie

Tant au fédéral qu'au Québec, l'administrateur doit communiquer son intérêt au conseil d'administration dès la première fois qu'il discute d'un projet de contrat avec la compagnie³⁴. L'administrateur visé par un tel intérêt dans un contrat ou une opération doit s'abstenir de voter sur l'approbation de ce contrat ou de cette opération³⁵, sauf le cas, comme il a été vu précédemment, où le contrat vise la rémunération de l'administrateur.

M^c Paul Martel souligne que la nouvelle loi du Québec est plus explicite que le modèle fédéral, en ce qu'elle vise l'intérêt de l'administrateur dans le contrat (par exemple, une commission), plutôt que le simple fait qu'il y soit partie, et aussi le fait qu'une personne liée à l'administrateur soit partie au contrat ou ait un intérêt dans celui-ci ou dans un groupement partie au contrat³⁶.

Toute contravention à ce devoir de communication des intérêts peut mener à l'annulation du contrat et à l'obligation pour l'administrateur en défaut de rendre compte et de remettre à la compagnie le profit réalisé ou l'avantage reçu³⁷. Il suffira à la compagnie ou à un actionnaire de celle-ci d'en faire la demande au tribunal.

Il arrive souvent que les compagnies procèdent par résolution signée tenant lieu d'une réunion des administrateurs³⁸. Comment alors concilier les devoirs de l'administrateur de ne pas voter pour un contrat et la signature par celui-ci de la résolution signée tenant lieu de réunion des administrateurs? M^c Martel opte pour la solution qui consiste à insérer dans le texte de la

³³ Art. 1314 C.c.Q.

³⁴ Art. 122 L.S.A.; par. 120(1) L.C.S.A. Également, l'article 325 C.c.Q. pour ce qui est de l'administrateur d'une personne morale, et l'article 1312 C.c.Q. pour ce qui est du fiduciaire (à titre d'administrateur du bien d'autrui dans le cas d'une fiducie).

³⁵ Art. 127 L.S.A.; par. 120(5) L.C.S.A. Également, art. 325 C.c.Q.

³⁶ P. MARTEL, précité, note 5, par. 23-423.

³⁷ Art. 131 L.S.A.; par. 120(8) L.C.S.A. Également, art. 326 C.c.Q.

³⁸ Art. 140 L.S.A.; art. 117 L.C.S.A.

résolution une mention de la déclaration d'intérêt et de l'abstention de voter de l'administrateur intéressé, et à faire signer cette résolution par tous les administrateurs, incluant ce dernier. Cette solution a comme avantage de respecter toutes les exigences de la loi en cause, tout en assurant à l'administrateur intéressé que cette divulgation et son abstention sont dûment documentées et connues de ses collègues administrateurs³⁹.

1.2.7. Survie des devoirs

Suffirait-il à un administrateur de démissionner pour se soustraire à ses devoirs « fiduciaires »?

Un administrateur et la compagnie peuvent toujours, contractuellement, s'imposer eux-mêmes des devoirs et en préciser la durée après que l'administrateur aura quitté la compagnie par suite de sa démission ou de sa destitution. Pensons aux clauses de non-concurrence, de non-sollicitation, de confidentialité, ou de droit dans la propriété intellectuelle.

À défaut de telles clauses contractuelles, M^e Martel est d'avis que la règle de common law indiquant que les devoirs « fiduciaires » survivent à la cessation du lien entre le fiduciaire et le bénéficiaire pendant un « délai raisonnable » d'au plus de deux ans devrait être reconnue comme implicite dans les nouvelles dispositions du *Code civil du Québec*. Selon lui, l'article 1375 C.c.Q., qui prévoit que « la bonne foi doit gouverner la conduite des parties tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction », donne ouverture à la survie de ces devoirs⁴⁰.

1.2.8. Renonciation aux devoirs

Est-il possible pour une compagnie de renoncer d'avance à exiger l'exécution des devoirs des administrateurs? Il semble bien que non. En

³⁹ P. MARTEL, précité, note 5, par. 23-439.

⁴⁰ *Id.*, par. 23-441 à 23-446. M^e P. Martel écrit que « tout récemment, la Cour suprême, dans l'affaire *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng* ([1989] 2 R.C.S. 429) et la Cour d'appel, dans l'affaire *Excelsior, compagnie d'assurance-vie c. Mutuelle du Canada, compagnie d'assurance-vie* ([1992] R.J.Q. 2666 (C.A.)), ont expressément reconnu la survie de l'obligation de loyauté après la rupture des contrats de travail ou du mandat ».

effet, la loi⁴¹ interdit expressément de libérer les administrateurs par une disposition d'un contrat, des statuts, des règlements ou d'une résolution, de l'obligation d'agir conformément à la loi ni des responsabilités découlant de cette obligation.

Pour les compagnies canadiennes et québécoises, la seule façon d'exonérer les administrateurs est de restreindre leur pouvoir par voie de convention unanime des actionnaires. Il faut noter que le fait de libérer les administrateurs de certaines responsabilités par convention unanime n'a pas pour conséquence de faire disparaître ces responsabilités pour autant. Elles seront alors dévolues aux actionnaires qui les auront prises en charge⁴².

1.2.9. Devoirs « fiduciaires » pour le fiduciaire

La revue faite ci-dessus des devoirs « fiduciaires » visait tout particulièrement les administrateurs de compagnies. Étant donné que ces devoirs émanent des *fiduciary duties* de common law, il n'est pas surprenant de constater que le fiduciaire d'une fiducie, agissant à titre d'administrateur du bien d'autrui chargé de la pleine administration, est assujéti, au même titre qu'un administrateur de compagnie, aux devoirs de prudence et de diligence, ainsi qu'à ceux d'honnêteté et de loyauté. On peut donc considérer que les commentaires ci-dessus relativement aux administrateurs d'une compagnie seront également applicables aux fiduciaires d'une fiducie, *mutatis mutandis*, c'est-à-dire en faisant les changements nécessaires.

Dans le domaine des fiduciaires, « la loyauté d'un fiduciaire s'évalue à l'égard de la mission de la fiducie et non de la relation avec les bénéficiaires. Les fiduciaires sont les serviteurs de la mission de la fiducie et non des bénéficiaires »⁴³.

M^c Loranger rappelle la décision *Katz c. Naimer et Alcar Holdings Inc.*⁴⁴ à titre d'un triste exemple de contravention au devoir d'agir avec honnêteté et loyauté. Elle résume ainsi la décision *Naimer* :

⁴¹ Art. 120 L.S.A.; par. 122(3) L.C.S.A. Également, l'article 321 C.c.Q. en ce qui a trait aux devoirs d'un administrateur et l'article 1308 C.c.Q. en ce qui a trait aux devoirs du fiduciaire.

⁴² P. MARTEL, précité, note 5, par. 23-453 et 23-454.

⁴³ J. LORANGER, précité, note 6, 22:28.

⁴⁴ R.E.J.B. 1998-07599 (C.S.) (« *Naimer* »). La Cour d'appel a confirmé la condamnation du frère du testateur (C.A., 10 octobre 2005).

« Le défunt, un homme d'affaires exploitant plusieurs entreprises avec d'autres membres de sa famille par l'intermédiaire d'une structure d'entreprise complexe, avait désigné son frère liquidateur de sa succession et fiduciaire des fiducies constituées pour ses trois enfants. Le défunt était divorcé et la mère des enfants, leur tutrice légale, n'était pas en bons termes avec le fiduciaire. Le fiduciaire n'a fourni aucune information aux bénéficiaires sur la gestion des fiducies sous prétexte d'une mauvaise relation avec la tutrice. Dans le cadre de son administration de la société par actions (dont la fiducie était actionnaire), le fiduciaire n'a pas agi dans l'intérêt de la compagnie en ne réclamant pas des sommes dues à la compagnie par d'autres entités liées alors que la fiducie ne tirait aucun avantage financier de la structure. Il a permis qu'on continue d'utiliser les liquidités de la société par actions du défunt pour investir dans d'autres projets d'affaires profitant à d'autres sociétés par actions du groupe (à l'exclusion de la société dont la fiducie était actionnaire) et il a autorisé le paiement de salaires à tous les enfants des autres branches de la famille, l'usage d'une voiture et d'une carte de crédit d'entreprise (avantages dont les bénéficiaires de la fiducie n'ont pas bénéficié de façon équivalente). De fait, leur oncle fiduciaire a congédié les bénéficiaires de la fiducie quand ils ont osé demander des informations sur les actifs de la fiducie et de la succession de leur père⁴⁵. »

M^c Loranger écrit ceci :

« À la lecture de ce jugement, on constate la profonde conviction du fiduciaire qu'il n'avait pas de comptes à rendre à qui que ce soit sur la manière dont il gérait la compagnie dont les fiducies enfants étaient actionnaires. Ce fiduciaire était bien loin du fiduciaire serviteur chargé de remplir sa mission d'administrer les actifs pour l'intérêt des bénéficiaires. Il s'est comporté comme un propriétaire des biens indigné qu'on se mêle de ses affaires⁴⁶. »

Pour ce qui est des devoirs de diligence et de prudence, M^c Loranger les considère comme deux obligations divisibles. Pour elle,

« [L]e devoir de diligence est difficile à écarter entièrement. En effet, agir dans un délai raisonnable et de manière soigneuse est une qualité inhérente à tous les administrateurs du bien d'autrui.

Par contre, le devoir de prudence nous apparaît supplétif car la prudence peut être un obstacle dans certaines situations. L'acte constitutif peut donc, selon [elle], écarter l'obligation d'agir avec prudence quand l'affectation de la fiducie le justifie. [Pour une fiducie qui] détient des actions d'une [compagnie] exploitant une entreprise active, le devoir de prudence devrait être écarté.

⁴⁵ J. LORANGER, précité, note 6, 22:27-28.

⁴⁶ Julie LORANGER, « Le fiduciaire : entre le tyran et le serviteur », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en successions et fiducies*, vol. 324, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2010, 72.

Prendre des risques d'affaires est une partie inhérente à l'exploitation d'une entreprise. De plus, l'affectation viendra valider le fait de prendre de tels risques⁴⁷. »

Il est un devoir plus particulier du fiduciaire qui consiste en une obligation d'impartialité en présence de plusieurs bénéficiaires, simultanés ou successifs⁴⁸. M^e Loranger croit que cette obligation peut être écartée par l'acte constitutif⁴⁹. Elle mentionne qu'en l'absence d'une dispense expresse, les fiduciaires devront en tenir compte à moins que l'affectation de la fiducie ne les justifie d'agir autrement ou qu'il n'y ait une faculté d'élire.

Le professeur Jacques Beaulne⁵⁰ est aussi d'avis que la règle de l'impartialité constitue davantage un guide moral qu'une norme juridique, car l'équilibre parfait dans les fonctions de fiduciaire n'est pas chose facile à atteindre.

Dans l'affaire *Giroux c. Langlois*⁵¹, le juge Bélanger mentionne ce qui suit sur le devoir d'impartialité des fiduciaires :

« [23] Les fiduciaires doivent agir à la fois dans l'intérêt des bénéficiaires et de façon impartiale envers tous les bénéficiaires.

[24] En réalité, lorsque les bénéficiaires ont des intérêts divergents, le fiduciaire doit moduler les intérêts de chacun, en ayant toujours comme but celui de respecter les volontés du constituant.

[25] Dans le présent cas, les intérêts de plusieurs sont en cause. La question devient donc celle de déterminer si les fiduciaires ont bien équilibré les intérêts de tous eu égard aux volontés du constituant⁵². »

⁴⁷ J. LORANGER, précité, note 6, 22:29.

⁴⁸ Art. 1317 C.c.Q.

⁴⁹ J. LORANGER, précité, note 6, 22:31. C'est à l'article 1317 C.c.Q. qu'on retrouve l'obligation d'agir avec impartialité s'il y a plusieurs bénéficiaires simultanément ou successivement.

⁵⁰ Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, 2^e éd., Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 2005, p. 278.

⁵¹ 2012 QCCS 4197 (« *Giroux c. Langlois* »), jugement sur requête en destitution des fiduciaires.

⁵² *Id.*, par. 23, 24 et 25.

Dans cette affaire, le tribunal devait décider si les fiduciaires s'étaient placés en situation de conflit d'intérêts, étant à la fois administrateurs des entreprises et fiduciaires.

Brièvement, les faits dans cette affaire sont les suivants : le 25 juillet 1996, Paul-Émile Giroux décède à l'âge de 68 ans. Il laisse derrière lui son épouse, Charlotte, et ses quatre enfants : Denis, Hélène, Danielle et Louise. Dans son testament, M. Giroux lègue à un patrimoine fiduciaire toutes les actions qu'il détient dans le capital-actions de ses entreprises, précisant que les biens de cette fiducie seront affectés exclusivement à la satisfaction, au besoin et à la garantie du confort de son épouse, Charlotte, sa vie durant.

M. Giroux nomme sa sœur Yolande Giroux, son beau-frère Gilles St-Cyr et un avocat, M^c Jacques Langlois, pour agir à titre de fiduciaires. Il est prévu qu'au décès de son épouse, les fiduciaires diviseront le résidu des biens de la fiducie exclusive, en trois parts, dans des fiducies distinctes, soit une part pour Denis, qui comprendra la moitié du résidu, une part pour Danielle pour un quart, et une dernière part pour Louise pour un quart. Hélène, quant à elle, recevra sa part d'héritage à même d'autres biens que ceux détenus par la fiducie exclusive. Le testament précisait que la composition des biens de la fiducie au bénéfice de chacun des bénéficiaires sera déterminée par les fiduciaires, à leur entière discrétion, mais qu'il fallait que la fiducie au bénéfice de Denis comprenne un nombre d'actions suffisant pour lui assurer une majorité simple des actions de toutes catégories de chacune des compagnies comprises dans la fiducie exclusive.

Il faut comprendre que Denis était le dauphin de son père et qu'il était destiné à prendre les rênes de l'entreprise familiale après le décès de sa mère.

Le testament prévoit cependant que l'obligation des fiduciaires de remettre les actions de quelque catégorie que ce soit dans le capital de l'une quelconque des compagnies à ceux qui y ont droit sera suspendue aussi longtemps que ceux-ci n'auront pas signé une convention entre actionnaires qui, de l'avis des fiduciaires, assurera à chacun et à leurs héritiers et représentants légaux, le cas échéant, une protection adéquate. Si une telle convention n'était pas signée dans l'année suivant le décès, les fiduciaires pouvaient, s'ils le jugent à propos et à leur entière discrétion, disposer des actions plutôt que de les distribuer.

Le tribunal, dans son analyse de la situation familiale, a tenu compte du témoignage de M. Léo Linteau, le comptable de M. Giroux père durant de nombreuses années, selon lequel le but premier du père était de protéger son épouse. Qu'il désirait aussi que le contrôle des compagnies en exploitation

soit détenu par Denis et que ses filles Danielle et Louise soient protégées par une convention entre actionnaires, de façon à éviter d'être à la merci de leur frère.

Denis, Danielle et Louise travaillent dans les entreprises familiales depuis des années. Un consultant, engagé par les fiduciaires pour procéder au diagnostic des entreprises sous leur gestion, fait état, entre autres, du fait qu'aucun des trois enfants n'a l'expérience ni le vécu nécessaires pour mener seul les destinées de l'entreprise, ce qui laisse cette dernière dans une situation fragile lorsqu'une décision doit être prise. La perception de contrôle immédiat de la part de Denis crée un contexte de résistance de la part de Louise et de Danielle. Le rôle critique de *leadership* laissé vacant par le père n'est pas comblé et les sœurs de Denis ne lui reconnaissent pas d'autorité sur elles, tout en lui reconnaissant des qualités supérieures aux opérations et en logistique. Danielle et Louise se voient comme les pairs de Denis et non comme ses subordonnées.

Les relations entre Denis et ses deux sœurs sont au plus mal lorsque, à l'été 2009, les fiduciaires nomment Louise, directrice générale de certaines des compagnies détenues par la fiducie exclusive. En mars 2010, Denis est suspendu de ses fonctions avec solde et il sera congédié le 5 juillet 2010. Nous vous épargnons tous les aspects humains derrière le conflit entre Denis et ses sœurs, mais les faits décrits expliquent la décision extrême des fiduciaires-administrateurs de congédier Denis. Malgré son congédiement, Denis a continué d'assister aux réunions de fiduciaires où il a été invité jusqu'à celle tenue en décembre 2011. À cette date, il est allé jusqu'à frapper Jacques Langlois, qui a perdu connaissance.

Denis a entrepris une kyrielle de recours⁵³ contre les fiduciaires et contre ses sœurs Danielle et Louise⁵⁴. Parmi les recours envisagés par Denis, il y a eu celui de contester le testament de son père, mais il a abandonné l'idée après avoir consulté un juriste.

⁵³ Affaire *Giroux c. Langlois*, précité, note 51; affaire *Giroux c. Langlois*, 2012 QCCS 4200, jugement déclaratoire.

⁵⁴ Le jugement sur requête en destitution des fiduciaires rendu dans l'affaire *Giroux c. Langlois*, précité, note 51, au paragraphe 44, mentionne qu'Hélène :

« [...] éloignée de l'entreprise familiale depuis plusieurs années, a pris le côté de son frère, à tort ou à raison, et qu'elle paie très cher cette allégeance. Sa mère et ses sœurs ne lui adressent plus la parole. Hélène est déchirée par la situation et surtout très peinée de constater que sa mère refuse de lui adresser la parole et de voir sa famille brisée ».

En ce qui a trait à la question du conflit d'intérêts des fiduciaires, Denis allègue que les fiduciaires auraient dû démissionner de leur charge de fiduciaires avant de se prononcer comme administrateurs des entreprises lors de son congédiement.

Dans sa requête, Denis soutient que les agissements des fiduciaires vont à l'encontre de la raison d'être fondamentale des fiducies, c'est-à-dire que les fiduciaires soient totalement indépendants de la compagnie qui a procédé à son congédiement, alors qu'il est bénéficiaire irrévocable de ces fiducies et qu'il détiendra le plein contrôle des actions du capital-actions des compagnies après le décès de sa mère Charlotte.

Selon Denis, il est impensable que l'on puisse envisager un seul instant que les fiduciaires, après l'avoir congédié de son emploi qu'il occupait depuis au-delà de 43 ans, continueraient, à titre de fiduciaires, à prendre des décisions dans le « meilleur intérêt » de celui-ci, à titre de bénéficiaire des fiducies.

Le tribunal, après avoir cité certains extraits du testament dans lequel le testateur exprime sa volonté (soit la constitution d'une fiducie exclusive en faveur de l'épouse, suivie d'un partage éventuel entre trois des quatre enfants, en fiducie, assujetti à la signature d'une convention entre actionnaires dans l'année suivant le décès de l'épouse) rappelle que le premier devoir des fiduciaires demeure celui de faire fructifier les entreprises jusqu'à la transmission des actions dans des fiducies destinées aux enfants ou jusqu'à la vente des entreprises, ce qui sous-entend nécessairement de prendre les meilleures décisions pour les entreprises, même si cela implique de devoir congédier un bénéficiaire (de deuxième rang). Agir fait partie du devoir des fiduciaires, même si, ce faisant, le résultat déplaît à l'un des bénéficiaires (de deuxième rang)⁵⁵.

Le tribunal est d'avis que ce n'est pas parce que les fiduciaires ont pris une décision qui déplaît à un bénéficiaire de deuxième rang qu'ils enfreignent leur devoir d'impartialité et qu'en conséquence, les fiduciaires ne se sont pas placés en situation de conflit d'intérêts.

M^c Loranger cite l'affaire *Nadeau c. Nadeau*⁵⁶ à titre d'illustration d'un flagrant manque d'impartialité. Elle résume ainsi cette affaire :

⁵⁵ Affaire *Giroux c. Langlois*, précité, note 51, par. 31.

⁵⁶ (C.S., 12 octobre 2005), SOQUIJ AZ-50337564, J.E. 2005-1996 (« *Nadeau* »).

« Le testateur avait créé une fiducie au bénéfice de ses deux enfants handicapés, Anita et Raymond. Il était prévu qu'au décès d'Anita et de Raymond, le résidu des biens de la fiducie seraient remis aux 13 autres enfants du défunt. Les fiduciaires refusaient d'engager quelque dépense que ce soit pour les enfants handicapés en prétendant que remettre le plus élevé possible aux 13 autres enfants était un objectif aussi important que de voir au bien-être d'Anita et de Raymond. Par ailleurs, leur inaction totale a été considérée comme une faute. Un des buts du constituant, celui de protéger ses enfants handicapés, avait totalement été mis de côté. Le juge a donc destitué les fiduciaires⁵⁷. »

Comme le rappellent certains auteurs⁵⁸, en ce qui concerne la gouvernance, les obligations du fiduciaire sont du même ordre que celles des administrateurs de société (prudence, diligence, honnêteté, loyauté). Par contre, le contrôle de leurs actes demeure moins contraignant et moins formaliste. Sous réserve de règles différentes prévues dans l'acte constitutif, le droit commun ne prévoit pour le fiduciaire qu'une obligation de rendre compte de sa gestion sous forme d'un sommaire⁵⁹, la reddition de comptes définitive n'étant réservée que dans le cas de la fin de la fiducie. Au contraire, en matière de société par actions, les obligations relatives notamment aux administrateurs s'avèrent plus onéreuses. Comme l'écrivent les professeurs Raymonde Crête et Stéphane Rousseau :

« Dans une société par actions, en comparaison, les lois particulières prévoient un ensemble de règles détaillées concernant l'élection des administrateurs par les actionnaires, l'envoi de documents d'information aux actionnaires, l'approbation et la présentation d'états financiers, la nomination d'un vérificateur et l'approbation des décisions importantes par les actionnaires⁶⁰. »

2. EXEMPLES DE CLAUSES ÉLARGISSANT LES POUVOIRS DU FIDUCIAIRE-AUTEUR DU GEL

Dans le cas d'une fiducie de gel discrétionnaire, le rédacteur de l'acte de fiducie désire, à la demande de l'auteur du gel, donner à ce dernier le plus

⁵⁷ J. LORANGER, précité, note 6, 22:31.

⁵⁸ Audrey LÉTOURNEAU et Mario NACCARATO, « La fiducie comme véhicule d'exploitation d'une entreprise », dans Charlaïne BOUCHARD (dir.), *Droit des PME*, coll. Centre d'études en droit économique de l'Université Laval, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2011, pp. 161 et 162.

⁵⁹ Art. 1287 C.c.Q. Notons toutefois que les agissements du fiduciaire pourront être contrôlés par l'article 1278 C.c.Q. par le constituant, le bénéficiaire ou une autre personne intéressée.

⁶⁰ Raymonde CRÊTE et Stéphane ROUSSEAU, *Droit des sociétés par actions*, 2^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 2008, p. 18, par. 40.

de pouvoirs possible, tant en ce qui concerne la remise discrétionnaire des revenus et du capital de la fiducie qu'en ce qui a trait à la prise de décisions au sein de la fiducie.

L'acte constitutif de la fiducie est généralement le premier document à regarder pour connaître les pouvoirs et devoirs des fiduciaires. Toutefois, comme nous le rappelle M^e Julie Loranger⁶¹, l'acte constitutif de la fiducie n'est pas autonome et souverain. Il est complété par les dispositions du *Code civil du Québec*⁶². Parmi ces dispositions, il en est qui sont simplement supplétives, tandis que d'autres sont impératives.

La difficulté, souligne M^e Loranger, est que, depuis l'adoption du nouveau Code civil, les auteurs et la jurisprudence ne s'entendent toujours pas sur l'identification des règles minimales obligatoires et leur portée. Pourtant, le caractère supplétif ou impératif d'une disposition de l'acte de fiducie est important : s'il s'agit d'une règle supplétive, l'acte constitutif aura préséance; par contre, si la règle est impérative, les fiduciaires ne devront pas tenir compte de la disposition de l'acte constitutif⁶³.

Sans s'arrêter pour le moment au caractère supplétif ou impératif de la disposition, voyons les dispositions que l'on retrouve le plus fréquemment dans un acte constitutif d'une fiducie pour tenter de laisser les coudées franches au fiduciaire-auteur du gel.

Nous reviendrons par la suite sur ces dispositions et sur les difficultés qu'elles peuvent entraîner, le cas échéant.

2.1. FINS DE LA FIDUCIE

Les fins de la fiducie constituent l'affectation de celle-ci et sont au cœur de la notion de fiducie.

⁶¹ J. LORANGER, précité, note 46, 73-75; également, précité, note 6.

⁶² Seuls 28 articles du *Code civil du Québec* sont consacrés à la fiducie : art. 1260 à 1298 C.c.Q. Par contre, il y a lieu de compléter ces articles par ceux de l'administration du bien d'autrui, contenus aux articles 1299 à 1370 C.c.Q., étant donné qu'il est prévu que le fiduciaire d'une fiducie agit à titre d'administrateur du bien d'autrui chargé de la pleine administration : art. 1278, al. 2 C.c.Q.

⁶³ J. LORANGER, précité, note 46, 75.

Le premier article du chapitre du Code civil traitant de la fiducie⁶⁴ mentionne que « [l]a 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 » (notre soulignement). La description des fins de la fiducie, soit son affectation, jouera un rôle primordial dans la détermination de l'étendue du pouvoir des fiduciaires. La décision prise par un fiduciaire, seul ou conjointement avec d'autres, est-elle dans l'intérêt de la réalisation de l'affectation de la fiducie? M^e Loranger souligne que « [l]e tribunal examinera l'affectation pour juger de la validité d'un geste posé, pour déterminer si une modification de fiducie doit être autorisée, si l'on doit mettre fin à une fiducie, ou si une fin doit y être substituée »⁶⁵.

Toutefois, même en présence d'une disposition expresse intitulée « affectation de la fiducie » ou « fins de la fiducie », il demeure nécessaire d'examiner l'ensemble des faits et circonstances lors de la mise en place de la fiducie. Étant donné qu'aucune disposition du Code civil n'impose de consigner par écrit l'affectation de la fiducie à l'intérieur de l'acte constitutif de celle-ci, les tribunaux ne se limitent pas à l'examen de l'acte constitutif pour rechercher l'intention du constituant, particulièrement lorsqu'on leur demande d'approuver une modification à une fiducie⁶⁶. Plus la description de l'affectation de la fiducie sera complète et explicite, moins les décisions du ou des fiduciaires seront contestables tant qu'elles répondront à l'affectation prévue à l'acte de fiducie.

Pour permettre au fiduciaire-auteur du gel de pouvoir profiter lui-même du patrimoine de la fiducie, l'affectation de la fiducie aura avantage à prévoir que l'exercice du pouvoir discrétionnaire du partage du revenu et du capital de la fiducie pourra favoriser l'un des bénéficiaires ou certains d'entre eux par rapport aux autres sans que cet exercice soit considéré comme un manquement de la part des fiduciaires à leur devoir d'honnêteté et de loyauté. Il serait de mise de préciser qu'il en serait ainsi même si l'un des fiduciaires prenant part à la décision était lui-même le ou l'un des bénéficiaires ainsi favorisés.

⁶⁴ Art. 1260 C.c.Q.

⁶⁵ J. LORANGER, précité, note 6, 22:20-21.

⁶⁶ Voir J. LORANGER, précité, note 46, 73 et, tout particulièrement, à la note 10 au bas de la page.

Dans le cas où la fiducie serait une fiducie de gel qui se voudrait « réversible », l'affectation devait préciser que le fait pour les fiduciaires d'échanger des biens de la fiducie (par exemple, les actions participatives détenues par celle-ci) en de nouveaux biens non susceptibles d'augmentation de valeur (par exemple, des actions privilégiées de gel), ou de carrément remettre les actions participatives à l'auteur du gel personnellement, ne sera pas considéré comme un manquement par les fiduciaires à leurs devoirs en vertu de toute législation, dont le Code civil⁶⁷.

2.2. RÉVOCATION D'UN BÉNÉFICIAIRE

L'acte de fiducie pourrait prévoir, après avoir énuméré la liste des bénéficiaires discrétionnaires potentiels, une clause permettant aux fiduciaires de restreindre les droits d'un bénéficiaire, soit en fixant la participation maximale à laquelle il pourrait avoir droit, soit en le retirant comme bénéficiaire, temporairement ou de manière permanente, à toute participation dans la fiducie ou à sa participation au capital, ou aux revenus, ou encore à une source de revenus de la fiducie.

2.3. FACULTÉ D'ÉLIRE

La plupart des actes de fiducie rédigés de nos jours prévoient une clause de faculté d'élire permettant aux fiduciaires de déterminer la quote-part et les modalités de distribution des revenus et celles de prélèvement et de remise du capital de la fiducie entre les bénéficiaires⁶⁸.

Idéalement, cette faculté d'élire sera octroyée au fiduciaire-auteur du gel⁶⁹.

⁶⁷ Dans l'affaire *Tisseyre c. Tisseyre*, R.E.J.B. 2001-2791 (C.S.), le juge a considéré que l'exercice par le fiduciaire d'une fiducie testamentaire créée au bénéfice exclusif du conjoint d'un pouvoir exprès que lui confèrait l'acte de fiducie d'autoriser un gel successoral en faveur des enfants a été exercé sans droit, car cela va à l'encontre de l'affectation de la fiducie exclusive au conjoint.

⁶⁸ Pour plus de renseignements sur la « faculté d'élire », voir aussi Luc MARTEL, « Interaction de la convention entre actionnaires, du testament, des contrats d'assurance et de la fiducie entre vifs dans un contexte de planification successorale », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 22:1-58, à la section 2.1. « Faculté d'élire », aux pages 22:12-16.

⁶⁹ L'article 1282 C.c.Q. permet au constituant de conférer au fiduciaire la faculté d'élire les bénéficiaires ou de déterminer leur part.

En cas de fiducie personnelle, comme le serait une fiducie de gel discrétionnaire, la faculté d'élire ne peut être exercée par le fiduciaire que si la catégorie de personnes parmi lesquelles doit choisir le bénéficiaire est clairement déterminée dans l'acte constitutif⁷⁰.

Une lecture littérale de l'article 1282 C.c.Q. permettrait de conclure que le constituant de la fiducie, contrairement au fiduciaire ou à tout tiers auquel le constituant aurait conféré la faculté d'élire, ne serait pas limité, dans le choix du ou des bénéficiaires à qui le revenu ou le capital de la fiducie sera remis, à une catégorie de personnes prédéterminée dans l'acte de fiducie. Serait-ce dire que le constituant pourrait exercer la faculté d'élire parmi les bénéficiaires qui n'auraient même pas été inscrits à l'acte de fiducie lors de sa signature⁷¹? Serait-ce là une façon de pouvoir ajouter des bénéficiaires qui auraient été oubliés lors de la rédaction de l'acte de fiducie, sans nécessairement passer par une demande de modification de l'acte de fiducie par le tribunal⁷²? Qui, mieux que le constituant, lui-même à l'origine de la fiducie, peut être en mesure d'apporter à de l'acte de fiducie un ajout qui permette de mieux respecter sa volonté?

Si l'acte de fiducie devait comprendre une clause permettant au constituant de désigner de nouveaux bénéficiaires, même après la date de signature de l'acte de fiducie, étant donné le contexte dans lequel se met en place une telle fiducie (surtout une fiducie de gel), il y aurait lieu de limiter ce pouvoir de nomination de bénéficiaires additionnels par le constituant : par exemple, il pourrait être prévu que ce pouvoir ne pourrait être exercé que du vivant de l'auteur du gel, et toute désignation d'un nouveau bénéficiaire par le constituant ne serait valide qu'à compter de la date où les fiduciaires (dont devra faire partie le fiduciaire-auteur du gel?) l'aient expressément eux-mêmes désigné par écrit comme faisant partie de la liste des bénéficiaires « potentiels » de la fiducie.

⁷⁰ Art. 1282, al. 2 C.c.Q. *in fine*.

⁷¹ J. BEAULNE, dans son ouvrage, précité, note 50, écrit au paragraphe 236 *in fine* : « à notre avis, le texte de l'article 1282 al. 2 C.c.Q. est clair dans sa formulation et ne laisse guère place au doute : lorsque, dans une fiducie personnelle, le constituant s'est réservé la faculté d'élire, celle-ci est valide même si l'acte constitutif ne spécifie aucune catégorie de bénéficiaires ».

⁷² En vertu de l'article 1294 C.c.Q., seul le tribunal peut modifier les dispositions d'un acte constitutif qui répond toujours à la volonté du constituant, mais dont de nouvelles mesures permettraient de mieux respecter sa volonté ou favoriseraient l'accomplissement de la fiducie.

2.4. REMPLACEMENT OU AJOUT DE FIDUCIAIRES

L'acte de fiducie pourrait accorder au fiduciaire-auteur du gel, à son entière discrétion, par écrit, le pouvoir :

- de changer l'ordre des fiduciaires remplaçants mentionnés par ailleurs à l'acte de fiducie;
- de nommer d'autres fiduciaires remplaçants que ceux déterminés par ailleurs et leur attribuer un ordre de remplacement de son choix;
- d'ajouter tout fiduciaire additionnel de son choix, avec le pouvoir de le renvoyer par la suite, sans justification, s'il le juge préférable;
- de modifier la durée du mandat de tout fiduciaire⁷³.

Il sera important cependant de préciser qu'à aucun moment le constituant de la fiducie ne pourra être nommé ou agir comme fiduciaire, afin d'éviter l'application des dispositions de paragraphe 75(2) L.I.R.

2.5. REMPLACEMENT DISCRÉTIONNAIRE DE FIDUCIAIRES

L'acte de fiducie pourrait donner au fiduciaire-auteur du gel le pouvoir discrétionnaire de destituer tout autre fiduciaire et de le remplacer par toute autre personne compétente de son choix.

2.6. PRISE DE DÉCISION

Il est fréquent, s'il y a plus de deux fiduciaires en fonction, de demander que toute décision soit prise à la majorité des fiduciaires⁷⁴, et que, tant que le fiduciaire-auteur du gel sera lui-même fiduciaire, il devra nécessairement faire partie de la majorité pour qu'une décision oblige la fiducie. Pour ceux et celles qui feraient preuve de hardiesse, il pourrait même être prévu que, dans le cas où il n'y a ou qu'il ne reste que deux fiduciaires en fonction, le fiduciaire-auteur du gel, tant qu'il sera lui-même fiduciaire de

⁷³ Nous verrons plus loin l'utilité de la limiter la durée du mandat de certains fiduciaires par rapport à d'autres.

⁷⁴ Ce que prévoit déjà l'article 1332 C.c.Q. à défaut d'indication du contraire dans l'acte de fiducie.

la fiducie, ait un vote prépondérant. Ainsi, le fiduciaire-auteur du gel ne serait pas à la merci d'un cofiduciaire récalcitrant.

2.7. REDDITION DE COMPTES

Pourrait-on exempter les fiduciaires, et tout particulièrement le fiduciaire-auteur du gel, de rendre compte de leur administration courante de la fiducie? Bien que l'article 1351 C.c.Q. prévoit que « l'administrateur rend un compte sommaire de sa gestion au bénéficiaire au moins une fois l'an », le fiduciaire-auteur du gel préférerait sans doute en être dispensé, et une disposition de l'acte de fiducie pourrait exempter les fiduciaires de rendre compte de leur administration courante tant que le bénéficiaire-auteur du gel fera lui-même partie des bénéficiaires.

2.8. DÉLÉGATION

Les fiduciaires d'une fiducie peuvent-ils déléguer leurs pouvoirs à d'autres personnes? De la même façon, les administrateurs d'une compagnie peuvent-ils déléguer à leur tour l'exercice des fonctions qui leur sont confiées par les actionnaires de la compagnie?

La vieille maxime latine *delegatus non potest delegare* est toujours d'actualité, même de nos jours. Il est un principe fondamental, en droit administratif, interdisant la sous-délégation de pouvoirs, à moins de dérogations expresse prévues par la loi⁷⁵.

Pour ce qui est des fiduciaires, ce principe se retrouve à l'article 1337, al. 1 C.c.Q. : « L'administrateur [...] ne peut déléguer généralement la conduite de l'administration ou l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, sauf à ses coadministrateurs. »

Il est de pratique courante dans la rédaction d'un acte de fiducie de prévoir un pouvoir de délégation entre les fiduciaires. Tout particulièrement, afin de faciliter la vie au fiduciaire-auteur du gel, l'acte de fiducie peut prévoir qu'il pourra signer seul les chèques ou d'autres effets de commerce afférents à la fiducie. Lorsque l'acte de fiducie autorise un fiduciaire à déléguer tout ou partie de ses pouvoirs, le fiduciaire qui délègue ainsi des pouvoirs ne doit pas oublier qu'il répond du soin avec lequel il aura choisi la personne à qui il aura délégué ces pouvoirs et des instructions qu'il aura

⁷⁵ P. MARTEL, précité, note 5, par. 25-3.

données à cette dernière⁷⁶. Rien dans la loi n'oblige que la délégation soit d'une durée limitée, mais un fiduciaire ne pourrait pas s'engager à ne pas révoquer une telle délégation⁷⁷.

2.9. CONSERVATION DES BIENS

Le Code civil⁷⁸ charge le fiduciaire de conserver, de faire fructifier et d'accroître le patrimoine de la fiducie ou encore d'en réaliser l'affectation.

Dans le cas d'une fiducie discrétionnaire de gel, qui a pour objet principal de détenir les actions participatives de la compagnie en exploitation de l'auteur du gel, les fiduciaires pourront-ils faire autrement que de conserver ces actions ordinaires?

M^e Loranger⁷⁹ écrit qu'elle croit que cette disposition du Code civil est facultative et que les fiduciaires pourraient être dispensés de faire fructifier les biens de la fiducie si cela correspondait à la fin poursuivie par celle-ci. Elle soulève quelques questions que les fiduciaires devraient toujours se poser pour valider la légalité des gestes qu'ils envisagent :

- i) L'acte constitutif autorise-t-il le geste à faire?
- ii) Y a-t-il une restriction dans l'acte l'empêchant ou imposant des conditions particulières pour accomplir le geste?
- iii) Est-ce que cela est conforme à l'affectation de la fiducie?
- iv) Est-ce que ce geste va à l'encontre d'un devoir imposé aux administrateurs du bien d'autrui?

L'acte de fiducie aura avantage à ne pas décrire trop restrictivement les pouvoirs des fiduciaires en ce qui a trait aux placements que la fiducie pourra effectuer, aux biens qu'elle pourra détenir et à ceux dont elle pourra disposer.

⁷⁶ Art. 1337, al. 2 C.c.Q.

⁷⁷ J. LORANGER, précité, note 6, 22:35, voir tout particulièrement la note infrapaginale 64.

⁷⁸ Art. 1306 C.c.Q.

⁷⁹ J. LORANGER, précité, note 6, 22:25-26.

Par exemple, afin que les fiduciaires ne soient pas blâmés de ne pas avoir fait fructifier le patrimoine de la fiducie, l'acte de fiducie pourrait prévoir que les fiduciaires pourront conserver aussi longtemps qu'ils le jugeront désirable, même si cette conservation allait à l'encontre de leur devoir de faire fructifier le patrimoine fiduciaire, tout bien appartenant à la fiducie et ayant une valeur symbolique ou psychologique importante pour les bénéficiaires, telle une œuvre d'art, une collection ou une propriété d'habitation résidentielle. Ou encore l'acte de fiducie devrait donner le droit aux fiduciaires de ne pas conserver un bien (comme les actions participatives d'une compagnie, dans le contexte d'une fiducie de gel « réversible ») et de s'en défaire ou de les échanger contre un autre bien (telles des actions privilégiées non participatives), d'accroître d'autant le patrimoine de la fiducie. Bien définir l'affectation de la fiducie dès le départ (soit une fiducie « réversible » au besoin) réduit au minimum les écueils éventuels.

2.10. DROIT DE VOTE SUR ACTIONS

Il serait aussi avantageux pour le fiduciaire-auteur du gel de se faire donner une procuration pour exercer le droit de vote afférent aux actions détenues par la fiducie dans toute compagnie, à toutes les assemblées des actionnaires de la compagnie et à chacune d'entre elles et, tout particulièrement, dans toute compagnie exploitée activement, telle celle ayant fait l'objet du gel.

Il faut noter que cette procuration ne sera pas vraiment nécessaire dans le cas où le fiduciaire-auteur du gel aura conservé personnellement le contrôle de la compagnie en exploitation par l'entremise d'actions privilégiées avec droit de vote et sans droit de participation de contrôle.

Dans le cas d'une fiducie testamentaire, le testateur-propriétaire de l'entreprise n'étant plus là pour gérer celle-ci après la constitution de la fiducie testamentaire, il est de pratique courante de donner aux liquidateurs et fiduciaires le droit de nommer qui ils veulent à titre d'administrateurs de toute compagnie dont la fiducie détient les actions avec droit de vote de contrôle⁸⁰.

Dans l'affaire *Giroux c. Langlois*⁸¹, le tribunal a eu à se pencher sur la question suivante : les fiduciaires avaient-ils le droit d'écarter un bénéficiaire

⁸⁰ Voir l'affaire *Giroux c. Langlois*, précité, note 53, par. 44.

⁸¹ *Id.*, par. 163 à 186. Pour un résumé des faits afférents à cette affaire, voir la section 5.1.1. ci-après.

(de deuxième rang) de l'administration et de la direction générale des affaires de l'entreprise constituée en société dont la fiducie détient les actions? Après avoir rappelé les dispositions prévues aux articles 1278 et 1308 C.c.Q. voulant que le fiduciaire ait la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire, qu'il exerce tous les droits afférents à ce patrimoine, qu'il puisse prendre toute mesure propre à en assurer l'affectation, et que ces droits doivent, dans l'exercice de ces fonctions, respecter les obligations que la loi et l'acte constitutif lui imposent, le tribunal insiste sur le fait que « l'obligation première des fiduciaires est donc de prendre les meilleures décisions pour que les entreprises fonctionnent le mieux possible »⁸².

Dans cette affaire, Denis, l'un des trois enfants de feu M. Giroux, demande au tribunal de décider, par jugement déclaratoire, si les fiduciaires avaient le droit de le congédier de l'emploi qu'il occupait au sein de l'entreprise familiale depuis plus de 43 ans. Surtout qu'en vertu du testament de son père, Denis se verrait éventuellement remettre une majorité des actions de cette entreprise, après le décès de sa mère.

Les fiduciaires administrateurs, après moult tentatives de rapprochement entre les trois enfants de M. Giroux, se sont vus contraints de congédier Denis, en raison du climat fort malsain qui règne dans l'entreprise. Le devoir des fiduciaires et des administrateurs d'agir avec diligence signifie d'abord et avant tout le devoir d'agir lorsque cela est nécessaire⁸³.

À la lecture du testament de feu M. Giroux, le tribunal constate que l'acte constitutif n'impose pas aux fiduciaires de conserver les enfants (bénéficiaires de second rang) travaillant au sein des entreprises familiales. Bien au contraire, l'acte de fiducie permet aux fiduciaires de gérer les entreprises avec tous les pouvoirs nécessaires de gestion. L'obligation des fiduciaires se traduit par bien administrer les entreprises faisant partie du patrimoine bénéficiaire, et ce, au bénéfice premier de la fiducie exclusive constituée pour M^{me} Charlotte Giroux.

Le tribunal reconnaît que, bien sûr, au bout du compte, lors du décès de Charlotte, la fin poursuivie par le testament de M. Giroux est de remettre les biens en fiducie, dont les entreprises, aux bénéficiaires de deuxième rang, soit les enfants Denis, Danielle et Louise. Mais rien dans l'acte de fiducie ne

⁸² *Id.*, par. 172.

⁸³ *Nadeau*, précité, note 56, par. 34. Voir aussi le jugement déclaratoire *Giroux c. Langlois*, précité, note 53, par. 177.

contraint les fiduciaires à prendre des décisions qui iraient à l'encontre d'une bonne gestion des entreprises. Forts des rapports soumis par les experts consultés et de la situation dans laquelle se trouvaient les entreprises sous leur gestion, les fiduciaires ont jugé que Denis devait être écarté des entreprises. Pour ce faire, ils se sont fiés à l'avis d'un consultant expérimenté, choisi d'ailleurs par les trois enfants eux-mêmes. L'avocate-psychologue mandatée pour faire enquête dans le domaine du harcèlement au travail conclut à la présence de harcèlement de la part de Denis envers ses sœurs Louise et Danielle, ainsi qu'envers un autre employé-cadre. Elle indique qu'il lui apparaît que la réintégration de Denis, qui avait été temporairement suspendu de ses fonctions, pendant l'enquête, est impossible, pour les motifs qu'elle invoque dans son rapport. Rien dans le testament ne conférerait à Denis le droit à un travail au sein des entreprises et le tribunal ajoute que, même si Denis avait eu un tel droit, il aurait pu perdre ce droit par ses agissements ou pour d'autres motifs sérieux. Peu de droits sont absolus⁸⁴.

3. PRÉOCCUPATIONS OCCASIONNÉES PAR LES POUVOIRS

Donner autant de latitude au fiduciaire-auteur du gel au sein de la fiducie a des répercussions, pouvant nécessiter des modifications aux clauses mentionnées plus haut selon l'objectif de la fiducie et selon la tolérance aux risques de la part du fiduciaire-auteur du gel.

Le problème est qu'il est difficile de quantifier le risque que certaines des clauses mentionnées ci-dessus peut entraîner, étant donné le manque de recul et l'absence de jurisprudence sur la question.

Voyons quelles sont les clauses que nous avons vues auparavant qu'il faudrait modifier dans le contexte des objectifs usuels d'une fiducie, soit celui du fractionnement de revenus et celui de la protection d'actifs.

3.1. FRACTIONNEMENT DE REVENUS ET GAINS EN CAPITAL

Si l'objectif du fiduciaire-auteur du gel est de fractionner les revenus et les gains en capital réalisés par la fiducie entre les bénéficiaires de celle-ci, il

⁸⁴ Jugement déclaratoire dans l'affaire *Giroux c. Langlois*, précité, note 53, par. 185 et 186.

faudra éviter que la fiducie ne soit considérée comme une « fiducie avec droit de retour » visée au paragraphe 75(2) L.I.R.⁸⁵

Déjà la popularité du fractionnement par le biais d'une fiducie a contraint le législateur à réagir pour la freiner, d'où l'introduction dans la loi du nouvel impôt sur le revenu fractionné avec les enfants mineurs (*Kiddie Tax*) applicable aux années d'imposition 2000 et suivantes⁸⁶. Ce nouvel impôt assujettit le revenu de la fiducie qui est fractionné avec des enfants de moins de 18 ans au taux marginal maximum d'impôt. Ce ne sont pas toutes les sortes de revenus qui sont visés par la *Kiddie Tax*. Sont cependant expressément visés par la *Kiddie Tax* les dividendes reçus par une fiducie et réattribués à des enfants mineurs. Dans le contexte d'une fiducie entre vifs de gel, la *Kiddie Tax* est un frein majeur au fractionnement de revenu avec les enfants de moins de 18 ans.

À compter du 6 juin 2011, la *Kiddie Tax* sera étendue aux gains en capital réalisés par un mineur, ou inclus dans le revenu de ce dernier, lorsqu'il est disposé d'actions d'une compagnie en faveur d'une personne ayant un lien de dépendance avec le mineur, si les dividendes imposables sur ces actions avaient été assujettis à la *Kiddie Tax*. Les gains en capital visés par cette nouvelle mesure seront assimilés à des dividendes; par conséquent, ils ne profiteront pas des taux d'inclusion des gains en capital et ne seront pas pris en compte aux fins de la déduction pour gains en capital.

En plus de la *Kiddie Tax*, il y a bien sûr les règles usuelles d'attribution applicables lors d'un transfert, directement ou indirectement, par le biais d'une fiducie ou par tout autre moyen, en faveur d'un époux, d'un conjoint de fait ou d'un mineur⁸⁷. Ces règles sont assez faciles à éviter, pourvu que la mise en place de la structure relative à la société et de la fiducie entre vifs soit bien planifiée.

Mais revenons à la « fiducie avec droit de retour » du paragraphe 75(2) L.I.R., car c'est cette mesure qui peut être la plus nuisible si on n'y prête pas attention.

L'effet de l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. est double : il empêche le fractionnement en considérant que tout revenu ou toute perte

⁸⁵ Concordance québécoise : art. 467 L.I.

⁸⁶ Art. 120.74 L.I.R.; art. 766.5 à 766.7 L.I.

⁸⁷ Par. 74.1(1) et 74.1(2) L.I.R.; art. 462.1, 462.2 et 462.5 L.I.

résultant des biens de la fiducie, ou tout gain en capital imposable ou toute perte en capital déductible provenant de la disposition de ces biens, est 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 personne ayant apporté ces biens dans la fiducie; puis, l'application de ce paragraphe empêche généralement le « roulement à la sortie », soit le transfert au coût pour la fiducie, des biens de la fiducie en faveur des bénéficiaires, sauf si le bénéficiaire est la personne qui y a apporté les biens ou son conjoint⁸⁸.

Nous ne vous apprendrons rien en précisant que ce paragraphe 75(2) L.I.R. trouve application lorsque les biens d'une fiducie :

- i) peuvent revenir à la personne dont ils ont été reçus, directement ou indirectement;
- ii) peuvent être transportés à des personnes devant être désignées par la personne ayant apporté les biens à la fiducie, après la création de celle-ci;
- iii) du vivant de la personne les ayant apportés à la fiducie, ne peuvent faire l'objet d'une disposition qu'avec son consentement ou suivant ses instructions.

Si le fiduciaire-auteur du gel était la personne ayant apporté des biens à la fiducie, plusieurs des dispositions de l'acte de fiducie mentionnées précédemment donneraient ouverture à l'un ou l'autre des cas d'application du paragraphe 75(2) L.I.R., à savoir :

- une faculté d'élire accordée au seul fiduciaire-auteur du gel (vise le cas ii));
- l'ajout du fiduciaire-auteur du gel comme bénéficiaire (vise le cas i));
- le vote majoritaire des fiduciaires, dont doit faire partie le fiduciaire-auteur du gel ou le vote prépondérant de ce dernier dans le cas où il ne reste que deux fiduciaires (vise le cas iii));
- plus indirectement, le pouvoir du fiduciaire-auteur du gel de jouer avec les fiduciaires remplaçants.

⁸⁸ Par. 107(4.1) L.I.R.; art. 691.1 L.I.

Bref, dans le cas où l'objectif de la fiducie est de faire du fractionnement avec les membres de la famille de l'auteur du gel, tous ces pouvoirs devront être réduits ou éliminés, dans le cas où le fiduciaire-auteur du gel serait la personne de qui la fiducie aurait reçu les biens.

Il est donc primordial, dans le montage d'une fiducie entre vifs discrétionnaire (la « fiducie de gel »), d'éviter que le fiduciaire-auteur du gel ne puisse être considéré comme ayant apporté quelques biens que ce soit à la fiducie.

La recette usuelle permet d'éviter que cela ne se produise. La fiducie est créée par le don d'un objet de peu de valeur (tel un lingot d'argent ou une pièce numismatique) de la part d'une personne autre que le fiduciaire-auteur du gel, laquelle personne ne doit évidemment pas faire partie des bénéficiaires de la fiducie. Puis, la fiducie de gel doit obtenir, par ses propres moyens, à leur juste valeur marchande (« JVM »), les actions de toute compagnie qui lui sont réservées.

Cette acquisition à la JVM est essentielle pour éviter que la fiducie de gel ne soit considérée comme ayant bénéficié d'un **transfert d'une valeur économique** de la part du fiduciaire-auteur du gel, quand bien même ce dernier n'aurait rien transféré, personnellement, à la fiducie de gel. Ce concept de « transfert de valeur économique » vient de l'affaire *La Reine c. Kieboom*⁸⁹, où la Cour d'appel fédérale a conclu que l'émission d'actions faite par une compagnie en exploitation en faveur du conjoint du contribuable, puis, en faveur de ses enfants, avait eu pour effet de leur conférer une valeur immédiate dans la compagnie (autrement qu'à la JVM de celle-ci), et constituait un transfert de biens en faveur du conjoint et des enfants de la part du contribuable. Selon la Cour, la notion de « transfert » aux paragraphes d'attribution 74.1(1), 74.1(2) et 74.2(1) L.I.R.⁹⁰, comprenant un transfert fait « directement ou indirectement, par le biais d'une fiducie ou par tout autre moyen », est suffisamment large pour couvrir un transfert causé par l'émission, au rabais, d'actions de la compagnie, ayant pour effet de réduire la valeur des actions détenues par le contribuable.

Un tel transfert d'une valeur économique peut donner ouverture aux règles d'attribution usuelles en faveur d'un époux, d'un conjoint de fait ou d'un mineur. Sans compter l'application possible du paragraphe 75(2) L.I.R.

⁸⁹ [1992] 2 C.T.C. 59 (C.A.F.) (« *Kieboom* »).

⁹⁰ Art. 462.1, 462.2 et 462.5 L.I.

si l'auteur de ce transfert est par ailleurs une « personne » visée dans l'une des situations envisagées par ce paragraphe.

Au lendemain de la décision rendue dans l'arrêt *Kieboom*, un vent d'inquiétude a commencé à souffler dans le monde des fiscalistes. Le concept naissant de « transfert d'une valeur économique » allait-il tuer le gel de succession? Permettre aux bénéficiaires du gel de souscrire aux nouvelles actions ordinaires pour une somme nominale, leur donnant droit à la plus-value future de la compagnie visée par le gel, ne constituerait-il pas toujours un transfert d'une valeur économique de la part des parents envers ces bénéficiaires? Heureusement, l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») a publié un communiqué⁹¹ pour rassurer les planificateurs-fiscalistes, indiquant qu'elle n'appliquerait pas le jugement *Kieboom* dans le contexte d'un gel successoral, pourvu évidemment que le ou les bénéficiaires du gel (pouvant être une fiducie entre vifs de gel) payent la JVM pour les actions émises à ce ou ces bénéficiaires du gel. La présence d'une clause de rajustement de prix dans la transaction de gel permettra de s'assurer que le prix payé par le ou les bénéficiaires du gel, aussi minime soit-il, représente bel et bien la JVM à ce moment des actions souscrites par ceux-ci, en faisant en sorte que toute valeur additionnelle qui serait reconnue dans l'évaluation des actions participatives de l'auteur du gel soit ajoutée à la prime au rachat des actions privilégiées de gel, ou que le nombre de ces actions privilégiées de gel soit augmenté en conséquence, de manière à refléter, en faveur de l'auteur du gel, l'entière JVM de la compagnie à la date du gel.

Les autorités fiscales ont dû rassurer de nouveau les fiscalistes au lendemain de l'affaire *Barry Romkey et Brian Romkey c. La Reine*⁹², dans laquelle les deux frères Romkey ont permis à des fiducies entre vifs au bénéfice de leurs enfants mineurs de venir souscrire à des actions ordinaires sans droit de vote de leur compagnie en exploitation. L'ARC a réattribué les dividendes aux frères Romkey⁹³. La Cour canadienne de l'impôt et la Cour d'appel fédérale ont toutes deux donné raison à l'ARC⁹⁴. Selon les tribunaux, en émettant des actions en faveur de fiducies constituées au

⁹¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9225295, « Estate Freezing and the Kieboom Case », 9 décembre 1992.

⁹² 2000 D.T.C. 6047 (C.A.F.) (« *Romkey* »).

⁹³ En vertu des dispositions d'attribution contenues au paragraphe 74.1(2) L.I.R.; art. 462.2 L.I.

⁹⁴ La Cour suprême du Canada a rejeté la demande du contribuable d'appeler de la décision de la Cour d'appel fédérale.

bénéfice de leurs enfants, les contribuables avaient effectué un transfert de biens à leurs enfants respectifs, puisqu'ils s'étaient défaits du droit de recevoir une plus grande part des dividendes futurs déclarés et versés par leur compagnie.

Encore une fois, les planificateurs ont eu des sueurs froides. Fallait-il conclure de cette affaire *Romkey* qu'il y aurait attribution à tout auteur d'un gel de succession, des dividendes versés aux enfants mineurs de ce dernier, que ce soit directement ou par le biais d'une fiducie entre vifs?

Heureusement, l'ARC a réaffirmé dans une interprétation technique⁹⁵ qu'elle n'appliquerait pas les règles d'attribution aux dividendes versés dans le contexte d'un gel successoral dans la mesure :

- où les actions émises aux bénéficiaires du gel (ou à une fiducie en leur faveur) le sont à leur JVM; et
- que ces actions soient payées avec des fonds qui ne proviennent pas de l'auteur du gel.

Dans l'affaire *Romkey*, le problème n'était pas que des actions avaient été émises pour un prix inférieur à leur JVM, mais qu'il s'agissait plutôt de l'incapacité pour les propriétaires de démontrer, à la satisfaction du tribunal, que la fiducie avait souscrit aux actions avec des fonds qui ne provenaient pas d'eux. Les tribunaux n'ont pas été en mesure de se satisfaire de la thèse montrant que les actions souscrites par les fiducies familiales avaient été payées à même les prestations d'allocation familiale, comme le prétendaient les contribuables. De plus, les tribunaux ont constaté que les documents des fiducies n'étaient pas complets ou exacts, sans compter que les registres comptables des fiducies étaient un véritable fouillis.

Bref, dans l'affaire *Romkey*, la planification n'a pas été effectuée suivant les règles de l'art. Une planification successorale sera reconnue aux fins fiscales lorsqu'elle sera correctement exécutée et documentée.

Lors d'une planification successorale, il est assez facile de s'assurer que les nouvelles actions ordinaires souscrites par la fiducie de gel le soient pour un montant correspondant à la JVM de ces nouvelles actions ordinaires, laquelle valeur devrait se limiter à la valeur nominale du prix de

⁹⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0072705, 8 mai 2001.

souscription, étant donné que le reste de la valeur marchande de la compagnie serait alors entièrement reflétée par les actions privilégiées de gel détenues par l'auteur du gel.

Mais qu'en est-il des planifications de fractionnement où il est fait en sorte qu'une fiducie familiale souscrive à des actions privilégiées, sans droit de vote, non participatives, donnant droit à un dividende entièrement discrétionnaire? Une telle émission d'actions privilégiées à dividende discrétionnaire n'est habituellement pas précédée d'une transaction de gel, laquelle n'est pas jugée utile dans ce genre de circonstance. Il est alors important de s'assurer que les actions privilégiées à dividende discrétionnaire sont bel et bien souscrites pour un montant équivalent à leur JVM. Pour s'assurer que cette JVM ne soit pas supérieure au prix de souscription de ces actions, il est fait en sorte que ces actions soient sans droit de vote ni droit de participation (mis à part le dividende discrétionnaire auquel elles donnent droit), qu'elles soient rachetables unilatéralement sur simple demande de la compagnie, au montant versé pour celles-ci, qu'elles soient de plus rachetables au décès de leur détenteur pour ce même montant versé et, si désiré, qu'elles soient rachetables à la demande de leur détenteur, toujours pour un prix équivalent au montant versé pour celles-ci, sans plus. Il va de soi que ces actions auraient également le droit, le cas échéant, à tout dividende déclaré et non versé sur celles-ci.

Mais dans l'hypothèse où une fiducie de gel serait effectivement considérée comme ayant souscrit des actions à un prix inférieur à leur JVM, comment le paragraphe 75(2) L.I.R. s'appliquerait-il aux personnes détenant les autres? Ces personnes seraient-elles toutes réputées avoir effectué un transfert d'une valeur économique à la fiducie de gel? Nous présumons que seules celles de ces personnes qui seraient également soit bénéficiaires de la fiducie de gel, soit en mesure de dicter à qui les biens de la fiducie seront transportés, ou qu'il ne pourrait être disposé de ces biens sans leur consentement, seront touchées par les dispositions du paragraphe 75(2) L.I.R. Étant donné qu'il n'y aurait pas eu de transfert réel de biens par celles-ci à la fiducie, mais uniquement un transfert immatériel d'une valeur économique, comment les autorités fiscales pourront-elles identifier le revenu ou la perte résultant de ce transfert immatériel et devant être imposé entre les mains du ou des auteurs de ce transfert, plutôt qu'entre celles du ou des bénéficiaires recevant ce revenu ou cette perte?

Une affaire récente vient contredire une position de longue date prise par les autorités fiscales, à savoir que toute personne ayant apporté un bien à une fiducie subisse le contrecoup du paragraphe 75(2) L.I.R., tant le constituant officiel de la fiducie, que toute autre personne ayant procédé à

des contributions à la fiducie après sa constitution. Cette affaire récente indique que seul le constituant de la fiducie (ou les constituants s'il en est plus d'un) est visé par le paragraphe 75(2) L.I.R., et non pas le ou les contributeurs ultérieurs à la constitution de la fiducie.

En effet, dans l'affaire *Canada c. Sommerer*⁹⁶, la Cour d'appel fédérale a conclu que les dispositions prévues au paragraphe 75(2) L.I.R. ne s'appliquaient pas nécessairement à toute personne ayant apporté un bien dans une fiducie, surtout si cet apport provenait d'une vente à la fiducie pour un prix équivalent à la JVM du bien vendu. Après une analyse détaillée du texte du paragraphe 75(2) L.I.R., tant dans sa version anglaise que dans sa version française, la Cour a conclu que la « personne » visée à ce paragraphe renvoie uniquement au constituant, et non au vendeur d'un bien à la fiducie. Ce qui voudrait dire qu'une fois la fiducie créée par le constituant (un ami proche ou un membre de la famille du fiduciaire-auteur du gel), le fiduciaire-auteur du gel pourrait vendre pour une somme nominale (qui se doit par ailleurs d'être la JVM à ce moment) les actions de la compagnie qu'il veut que la fiducie détienne, et ce, sans donner ouverture aux conséquences néfastes du paragraphe 75(2) L.I.R. Cette décision horripile tellement l'ARC qu'elle a interjeté appel.

La position prise par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Sommerer* à savoir que le transfert par une personne d'un bien à la fiducie n'en faisait pas nécessairement un constituant, ne recoupe-t-elle pas ce que l'on retrouve dans le *Code civil du Québec*, où il est prévu que :

« [...] toute personne peut augmenter le patrimoine fiduciaire en lui transférant des biens par contrat ou par testament [...]. Elle n'acquiert pas, de ce fait, les droits d'un constituant. Les biens transférés se confondent dans le patrimoine fiduciaire et sont administrés conformément aux dispositions de l'acte constitutif »⁹⁷.

À notre avis, pourvu que le fiduciaire-auteur du gel ne puisse d'aucune manière être considéré comme la personne de qui la fiducie aura reçu des biens, aucune des clauses mentionnées précédemment ayant pour objet de faciliter la tâche au fiduciaire-auteur du gel dans le cadre de sa planification successorale ne nous inquiète outre mesure.

⁹⁶ 2012 CAF 207 (« *Sommerer* »), confirmant la décision de la Cour canadienne de l'impôt (2011 CCI 212), favorable au contribuable.

⁹⁷ Art. 1293 C.c.Q.

Par contre, pour ceux qui ne seraient pas à l'aise avec autant de latitude accordée au fiduciaire-auteur du gel, il leur faudra envisager de restreindre les pouvoirs accordés à celui-ci dans l'acte de fiducie et éviter ce qui suit :

- de mettre le fiduciaire-auteur du gel comme bénéficiaire, éliminant par le fait même cependant la possibilité de « renverser » l'effet du gel en faveur de la fiducie;
- de ne pas exiger que le fiduciaire-auteur du gel fasse nécessairement partie de la majorité des fiduciaires pour qu'une décision oblige la fiducie;
- faire une croix sur le vote prépondérant du fiduciaire-auteur du gel s'il n'y a ou s'il ne reste que deux fiduciaires en fonction;
- éviter d'octroyer au fiduciaire-auteur du gel le pouvoir de remplacer à volonté son ou ses cofiduciaires.

Dans le cas d'une fiducie en faveur de soi-même, où l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. ne fait pas de doute, puisque, entre autres, le constituant est lui-même bénéficiaire de la fiducie, sans compter qu'il en est sans doute aussi fiduciaire⁹⁸, les préoccupations ci-dessus quant au pouvoir accordé au fiduciaire-auteur du transfert n'ont pas leur raison d'être. Ce qui aura plutôt de l'importance est la question du degré de protection d'actif que peut apporter cette fiducie.

3.2. PROTECTION D'ACTIF

Lorsque l'objectif de la fiducie est de mettre certains biens d'un particulier à l'abri d'une mauvaise gestion que ce particulier en ferait, de l'influence indue de la part d'autres personnes, ou encore des créanciers de ce particulier, plusieurs des pouvoirs ou prérogatives octroyés au fiduciaire-auteur du transfert, vus précédemment, devront également être édulcorés.

Il faut, dans un contexte de protection d'actif, éviter de donner l'impression que les biens de la fiducie demeurent la propriété du fiduciaire-auteur du transfert et qu'il y ait confusion entre son patrimoine personnel et le patrimoine de la fiducie.

⁹⁸ Avec un ou deux autres fiduciaires pour respecter l'article 1275 C.c.Q.

À moins qu'il ne s'agisse d'une chicane de couple ou d'un conflit familial, situation où les tribunaux ont tendance à juger en équité plutôt qu'en droit, un tiers (tel un créancier) aura toute une pente à remonter avant de convaincre un juge de mettre de côté une fiducie dûment constituée pour permettre à ce tiers d'avoir accès aux biens constituant le patrimoine de la fiducie.

Par exemple, dans l'affaire *Rose c. Rose*⁹⁹, la Cour a refusé que les biens de la fiducie (en l'occurrence un chalet et une maison de campagne) puissent revenir au constituant de la fiducie, à défaut de celui-ci de pouvoir corriger l'acte de fiducie pour lui permettre l'usage et la jouissance de ces biens. La Cour a conclu que malgré les pouvoirs étendus et discrétionnaires du fiduciaire, auteur du transfert des biens de la fiducie, cela ne lui conférerait pas le droit de révoquer ou de rescinder l'acte de fiducie.

Au Québec, il ne serait pas possible pour le constituant-donateur d'un bien à la fiducie de s'octroyer le droit de révoquer la donation à sa seule discrétion¹⁰⁰. Cependant, il serait possible au constituant-donateur de prévoir l'extinction de la donation à la fiducie à la suite d'une condition stipulée dans l'acte constitutif¹⁰¹.

Le seul cas où le constituant-donateur pourrait révoquer une donation, même fiduciaire, serait pour cause d'ingratitude, comme pour toute autre donation entre vifs¹⁰².

Dans la triste histoire de l'affaire *Rose*, les parents Rose avaient transféré à une fiducie au bénéfice de leurs filles, en 1992, un chalet et une maison de campagne. À la suite d'une séparation acrimonieuse en 2003 entre les parents Rose, la relation entre Bryan (le père) et ses filles s'est détériorée. Bryan, qui était le fiduciaire unique de la fiducie et qui s'occupait des propriétés, tout en en profitant lui-même, eut la surprise lors d'un

⁹⁹ [2006] CanLII 20856 (C.S. Ont.) (« *Rose* »).

¹⁰⁰ Art. 1500 C.c.Q. : les conditions purement potestatives et simplement potestatives (selon l'ancien vocabulaire du *Code civil du Bas-Canada*) sont nulles.

¹⁰¹ Art. 1296, al. 2 C.c.Q.

¹⁰² Art. 1836 à 1838 C.c.Q. Voir J. BEAULNE, précité, note 50, par. 458. À la note infrapaginale 1394 de son ouvrage, Beaulne mentionne que, dans l'affaire *Bélangier-Jarry c. Jarry* ([1987] R.J.Q. 1559 (C.S.)), la Cour notait que le fait qu'il y ait absence de lien contractuel direct entre le donateur et le bénéficiaire était une particularité de la donation fiduciaire, mais ne constituait pas un obstacle à la révocation pour ingratitude.

déplacement au chalet, de trouver que les serrures avaient été changées à son insu. Bryan fut par la suite évincé de son rôle de fiduciaire au sein de la fiducie au motif qu'un fiduciaire ne peut se placer dans une situation de conflit entre ses intérêts personnels et ceux des bénéficiaires¹⁰³.

Un jugement récent de la Cour d'appel du Québec, dans l'affaire *Levasseur c. 9095-9206 Québec Inc.*¹⁰⁴, concluait qu'il faudra une preuve solide pour convaincre la Cour de lever le « voile fiduciaire », c'est-à-dire de considérer que le patrimoine d'affectation d'une fiducie n'est pas distinct de celui de son constituant.

Dans l'affaire *Levasseur*, M. Maurice Lenoir a constitué deux fiducies, soit une fiducie en faveur de soi-même et une fiducie familiale, et y a transféré des biens, directement et indirectement, alors qu'il devait plus de 330 000 \$ à M^{me} Linda Levasseur par suite d'une transaction intervenue le 15 décembre 2000. En 2002, M. Lenoir cède les actions d'une de ses compagnies à sa fiducie pour soi. Également, en 2002, la fiducie familiale devient la détentrice des actions participatives de la compagnie en exploitation de M. Lenoir à la suite d'une transaction de gel. Finalement, en 2006, M. Lenoir vend sa résidence à sa fiducie pour soi pour la valeur de l'hypothèque, privant son patrimoine d'une équité de 560 000 \$. Quant aux meubles de M. Lenoir, ils font l'objet d'une donation à cette même fiducie pour soi.

M^{me} Levasseur, créancière de M. Lenoir, conteste la validité des fiducies ou, pour le moins, la validité des transferts aux fiducies.

M^{me} Levasseur fait valoir que M. Lenoir avait conçu un plan pour « placer ses biens à l'abri des saisies » et avait, par ailleurs, accordé une préférence à la Banque Royale plutôt que de payer ce qu'il lui devait.

M^{me} Levasseur soutient que les fiducies constituées n'ont pas les caractéristiques d'une véritable fiducie et que leur patrimoine d'affectation ne serait pas distinct de celui de M. Lenoir. Celui-ci aurait conservé tous les droits sur le patrimoine d'affectation. M^{me} Levasseur reproche à M. Lenoir d'avoir, dans sa gestion des fiducies, confondu les biens administrés avec ses

¹⁰³ L'affaire *Rose*, précité, note 99, a fait en sorte que Bryan Rose a perdu le contrôle et l'usage de sa maison de campagne. Si l'objectif était simplement de reporter l'impôt latent sur le gain en capital afférent à cette propriété, il aurait été mieux servi en prenant simplement une assurance sur sa vie pour couvrir cet impôt.

¹⁰⁴ 2012 QCCA 45 (CanLII) (« *Levasseur* »).

propres biens, particulièrement en ce qui a trait à la fiducie pour soi. Effectivement, la preuve est faite que la fiducie pour soi effectue divers paiements pour le compte personnel de M. Lenoir (des dépenses de l'immeuble appartenant à M. Lenoir, des sommes importantes à son ex-conjointe à l'égard de laquelle il n'existe aucune obligation alimentaire, des paiements sur un camion Dodge loué par M. Lenoir, le paiement des immatriculations de ces véhicules, le paiement des impôts personnels de M. Lenoir, ainsi que diverses autres sommes versées à son bénéficiaire personnel).

Le cofiduciaire de M. Lenoir dans la fiducie pour soi témoigne que M. Lenoir a la procuration pour signer seul les chèques de la fiducie. En plus, le cofiduciaire reconnaît jouer un rôle fort effacé, c'est le moins qu'on puisse dire.

Malgré tout cela, la Cour refuse de conclure, comme le soutient M^{me} Levasseur, que les biens détenus, notamment par la fiducie pour soi, sont en réalité la propriété de M. Lenoir et que toutes les cessions de biens effectuées par celui-ci en faveur des fiducies après 2002 sont inopposables à M^{me} Levasseur¹⁰⁵. De plus, la Cour ne parvient pas à se convaincre davantage que le modèle de la fiducie a été « travesti pour incorporer des contrats où le constituant conserve tous les droits sur le patrimoine ».

Quant au fait que M. Lenoir se soit certes avantage au fil des ans au sein de la fiducie pour soi, directement ou indirectement, la Cour ne trouve pas cela incongru, étant donné que M. Lenoir est le bénéficiaire unique de cette fiducie.

La Cour est satisfaite que les fiducies aient dûment été constituées et que les trois conditions nécessaires pour cela aient été remplies¹⁰⁶. La Cour retient que ni le transfert des biens du patrimoine du constituant ni l'acceptation par le fiduciaire de l'obligation de détenir ce bien et de l'administrer ne sont en cause. M^{me} Levasseur n'indique pas où l'acte constitutif aurait été outrepassé, où le cadre législatif aurait été enfreint.

Seule la transaction de la résidence vendue en 2006 pour la valeur de l'hypothèque a été déclarée inopposable à M^{me} Levasseur, du fait que cette

¹⁰⁵ *Id.*, par. 84.

¹⁰⁶ Ces conditions sont : 1) un transfert du patrimoine du constituant à un autre patrimoine; 2) l'affectation du bien transféré à une fin particulière; et 3) l'acceptation par un fiduciaire de l'obligation de détenir ce bien et de l'administrer. *Id.*, par. 73.

transaction rendait M. Lenoir insolvable¹⁰⁷. En 2002, la situation financière de M. Lenoir ne s'était pas encore détériorée et la Cour a refusé de déclarer inopposables à M^{me} Levasseur les transactions entourant la constitution des fiducies et le transfert de certains biens dans leur patrimoine d'affectation.

Bien que la Cour ait refusé d'annuler les fiducies ou de déclarer inopposables les transferts d'actions, la Cour, étonnamment, pour préserver les droits de M^{me} Levasseur, déclare la saisie-arrêt entre les mains de la fiducie pour soi de toute somme à verser à M. Lenoir et ordonne d'office aux fiduciaires de la fiducie familiale, d'aviser M^{me} Levasseur par écrit, 48 heures avant que tout versement en argent soit effectué au bénéfice de M. Lenoir. De plus, la Cour ordonne aux fiduciaires de la fiducie pour soi et de la fiducie familiale de faire rapport à M^{me} Levasseur les 30 juin et 31 décembre de chaque année, de l'utilisation qui a été faite des biens qui constituent le patrimoine d'affectation des deux fiducies.

4. ATTÉNUATIONS AUX POUVOIRS DU FIDUCIAIRE-AUTEUR DU GEL

Nous avons vu précédemment diverses dispositions que l'acte de fiducie peut prévoir pour donner pleine latitude au fiduciaire-auteur du gel. Certains fiscalistes préféreront se priver de ces dispositions, ou de certaines d'entre elles, pour éviter toute tentative :

- de la part des autorités fiscales de prétendre à l'application des dispositions prévues au paragraphe 75(2) L.I.R.;
- de la part des créanciers du fiduciaire-auteur du gel de prétendre qu'il y a confusion du patrimoine personnel de celui-ci et du patrimoine fiduciaire et de demander l'inopposabilité, quant à eux, du transfert de biens à la fiducie.

Reprenons les dispositions vues à la section 2. plus haut qui pourrait faire l'objet de certaines atténuations pour les rendre moins radicales.

4.1. FINS DE LA FIDUCIE

L'importance d'une bonne détermination des fins de la fiducie ou de son affectation a déjà fait l'objet de commentaires précédents.

¹⁰⁷ Art. 1631 C.c.Q.

Dans l'affaire *Rose*¹⁰⁸, la décision du tribunal aurait sans doute été différente si l'acte de fiducie avait prévu, dans l'affectation des propriétés (chalet et maison de campagne) constituant son patrimoine, que celles-ci, bien qu'étant bel et bien détenues en fiducie au bénéfice des enfants de M. et M^{me} Rose, demeuraient disponibles aux parentes qui s'en réservaient l'usage et la jouissance leur vie durant ou jusqu'à toute autre date antérieure laissée à leur discrétion.

Une fiducie de gel qui se veut « réversible » doit le prévoir expressément dans la description de son affectation, si l'auteur du gel veut éviter les contestations advenant qu'il y ait effectivement « dégel ».

Dans l'affaire *Giroux c. Langlois*¹⁰⁹, les fiduciaires demandaient au tribunal de déclarer qu'ils sont habilités à procéder à un gel des actions de la compagnie Placements Giroux Inc., dont ils détiennent les actions en fiducie exclusive testamentaire, afin de réduire les impôts payables, lors du décès de l'épouse du défunt et de la cessation de la fiducie exclusive mise en place au bénéfice de celle-ci.

Dans cette affaire, tous semblent admettre qu'un gel successoral serait bénéfique pour éviter la conséquence fiscale qui surviendra au décès de M^{me} Charlotte St-Cyr (l'épouse du défunt). Quelques façons de procéder à ce gel successoral ont été proposées par les fiscalistes, mais le tribunal énonce que, indépendamment de la technique choisie, la seule question à laquelle il doit répondre est celle de savoir si les fiduciaires ont le pouvoir de procéder à un tel gel successoral. Le tribunal constate qu'un tel pouvoir n'est pas explicitement prévu au testament. Il y a bien une clause permettant aux fiduciaires de modifier, à leur seule discrétion, les dispositions d'une fiducie constituée en vertu du testament, mais pas de remplacer cette fiducie par une nouvelle fiducie « miroir » comme le suggèrent les fiscalistes.

En conséquence, le tribunal ne peut déclarer que des fiduciaires ont ce pouvoir. Toutefois, le tribunal estime qu'il pourrait modifier les dispositions de l'acte constitutif en vertu du deuxième alinéa de l'article 1294 C.c.Q., où il est écrit ceci : « si la fiducie répond toujours à la volonté du constituant, mais que de nouvelles mesures permettraient de mieux respecter sa volonté ou favoriserait l'accomplissement de la fiducie, le tribunal peut modifier les dispositions de l'acte constitutif ».

¹⁰⁸ Précité, note 99.

¹⁰⁹ Précité, note 53, par. 187 à 197. Pour un résumé des faits dans cette affaire, voir la section 1.2.9. plus haut.

Le tribunal conclut qu'il ne serait pas réfractaire à une telle demande de modification de l'acte constitutif si demande lui en était faite par les fiduciaires.

Raison de plus, pour le rédacteur d'un acte de fiducie ou d'un testament fiduciaire de prévoir expressément, dans l'énumération des pouvoirs donnés aux fiduciaires, celui de procéder, lorsque les fiduciaires le jugent approprié, à leur entière discrétion, à un gel successoral des actions détenues en fiducie et de préciser en faveur de qui ce gel pourrait être effectué.

4.2. RÉVOCATION D'UN BÉNÉFICIAIRE

S'il est jugé trop radical de donner le pouvoir de limiter, sinon de révoquer les droits d'un bénéficiaire dans la fiducie, à la discrétion du seul fiduciaire-auteur du gel, ce pouvoir pourrait être accordé aux fiduciaires de la fiducie, et par décision unanime si l'on juge qu'une décision majoritaire est encore trop permissive.

Sans doute voudra-t-on pour le moins limiter ce pouvoir des fiduciaires de restreindre les droits des bénéficiaires à la seule période où le fiduciaire-auteur du gel est lui-même fiduciaire. Peut-être voudra-t-on même prévoir que le fiduciaire-auteur du gel fasse partie de la décision majoritaire pour que ce pouvoir puisse être exercé, car sinon les autres fiduciaires pourraient éliminer une personne que l'auteur du gel avait fait inscrire à la liste des bénéficiaires potentiels (« postulants »).

Relativement à une telle clause de révocation d'un bénéficiaire, M^e Loranger¹¹⁰ recommande d'imposer un certain formalisme à une telle décision afin de réduire les risques de contestation. Elle souligne que cette clause servirait à exclure un postulant de manière définitive (dans le cas d'une révocation définitive) afin de couper court à tout débat sur ses droits potentiels et la possibilité pour ce bénéficiaire potentiel de prétendre à des droits de surveillance. Cela est une clause optionnelle et la validité d'une telle clause n'a pas encore été soumise aux tribunaux.

Cette clause peut également s'avérer pratique pour réduire la participation d'un bénéficiaire (à moins de 25 %) ou l'éliminer, si cela permettait d'éviter qu'une compagnie en exploitation dont la fiducie détient des actions ne devienne « associée » (à des fins fiscales) avec une compagnie en exploitation du bénéficiaire.

¹¹⁰ J. LORANGER, précité, note 6, 22:10-11.

4.3. FACULTÉ D'ÉLIRE

À partir de quand devient-on officiellement bénéficiaire d'une fiducie, avec les droits et privilèges que cela entraîne, tel le droit de surveillance? Le fait que le nom d'une personne soit inscrit à la liste des bénéficiaires potentiels en fait-il un bénéficiaire officiel?

Les auteurs sont d'avis que les personnes faisant partie de la catégorie de personnes parmi lesquelles on peut exercer la faculté d'élire sont des « postulants » et non des bénéficiaires¹¹¹.

M^c Loranger est d'accord avec la position du professeur Brierley et croit elle aussi que les personnes mentionnées dans la liste ne sont que des postulants et ne deviendront des bénéficiaires qu'une fois élues. Elle se demande par contre si une fois qu'une personne a été élue comme bénéficiaire pour un exercice financier donné, elle redevient postulante au prochain exercice financier?

Un auteur¹¹² croit que l'opinion selon laquelle les bénéficiaires discrétionnaires n'auraient aucun droit sur une fiducie jusqu'à ce que la discrétion soit exercée par les fiduciaires ne tient pas en droit civil québécois puisque le bénéficiaire est réputé avoir accepté le droit qui lui est accordé (art. 1285, al. 1 C.c.Q.). Cet auteur écrit de plus ce qui suit :

« Par ailleurs, le C.c.Q. exige que le bénéficiaire possède les qualités requises pour recevoir par donation ou par testament à l'ouverture de son droit [al. 1279, al. 1 C.c.Q.]. L'ouverture du droit d'un bénéficiaire discrétionnaire a lieu, selon nous, dans l'année où il peut recevoir pour la première fois du revenu ou du capital de la fiducie. L'exercice de la discrétion des fiduciaires est indépendant de ce droit. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait effectivement exercice de la discrétion des fiduciaires par une distribution pour que le droit du bénéficiaire s'ouvre. Ce droit s'ouvre plutôt lorsque le bénéficiaire a l'habilité de recevoir. Or, dans le cas d'une fiducie discrétionnaire, cette faculté existe à compter de sa formation¹¹³. »

¹¹¹ À ce sujet, la plupart des auteurs citent le professeur John E.C. BRIERLEY, « Powers of Appointment in Quebec Civil Law (1^{re} partie) », (1992), vol. 95, n^{os} 3-4 *Revue du Notariat* 131-167, p. 159. Voir aussi J. LORANGER, précité, note 6, 22:32-33.

¹¹² Martin LORD, « Transfert d'entreprise parentes-enfants : l'effet des régimes matrimoniaux selon la méthode d'acquisition des actions de croissance choisie », dans *Congrès 95*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1996, pp. 28:1-56.

¹¹³ *Id.*, 28:30.

En ce qui nous concerne, nous serions porté à suivre la position du « postulant » c. « bénéficiaire ». Et si un postulant est élu bénéficiaire de revenu ou de capital pour un exercice financier donné de la fiducie, nous continuerions à le traiter comme postulant pour les autres exercices, dans le cas où l'élection serait faite strictement aux fins de la répartition de revenus de la fiducie pour un exercice financier donné ou pour un prélèvement sur le capital ou une distribution partielle de capital au cours de cet exercice financier, par opposition à l'exercice d'une discrétion plus permanente, telle celle qui serait effectuée par le fiduciaire-auteur du gel, dans le cadre de l'exercice d'une faculté d'élire, pour valoir à compter du jour où il cessera lui-même d'être fiduciaire. Nul doute que le fiduciaire-auteur du gel n'aimerait pas que les fiduciaires en poste, après son départ, jouissent de la même faculté de discriminer entre les postulants-bénéficiaires que celle qu'il s'était lui-même réservée.

L'article 1283, al. 2 C.c.Q. prévoit que celui qui exerce la faculté d'élire ne peut le faire à son propre avantage. Cela veut-il dire que le fiduciaire-auteur du gel qui est également bénéficiaire de la fiducie ne pourrait jamais se voir attribuer quelque revenu ou capital de la fiducie sans contrevenir à cette règle prévue à l'article 1283, al. 2 C.c.Q.?

M^c Loranger croit que cet article semble d'ordre public et ne peut être écarté par l'acte constitutif¹¹⁴. D'autre part, Diane Bruneau écrit que « [l]orsque la faculté d'élire les bénéficiaires est octroyée à ce type de fiduciaire, l'acte de fiducie déroge alors explicitement à cette interdiction du Code civil¹¹⁵ » et, en conséquence, rien ne s'opposerait à ce que ce fiduciaire se désigne lui-même bénéficiaire.

Par ailleurs, une auteure suggère que dans une fiducie discrétionnaire dotée de plusieurs fiduciaires dont l'un d'eux est également bénéficiaire, il serait possible d'éviter efficacement les difficultés soulevées par l'article 1283, al. 2 C.c.Q. en insérant dans la clause de l'acte constitutif qui prévoit l'attribution de la faculté d'élire aux fiduciaires une stipulation selon laquelle, à l'égard du cofiduciaire-bénéficiaire, la faculté d'élire sera exercée

¹¹⁴ J. LORANGER, précité, note 6, 22:8.

¹¹⁵ Diane BRUNEAU, « La fiducie et le droit civil », (1996), vol. 18, n^o 4 *Revue de planification fiscale et successorale* 755-804, p. 776. Voir également J. BEAULNE, précité, note 50, par. 244.

exclusivement par les autres fiduciaires, « notamment par le cofiduciaire indépendant exigé par l'article 1275 C.c.Q. »¹¹⁶.

4.4. REMPLACEMENT OU AJOUT DE FIDUCIAIRES

Lors de la rédaction de l'acte de fiducie, le fiduciaire-auteur du gel doit décider si les pouvoirs qu'il désire s'octroyer (tels le pouvoir d'exercer une faculté d'élire des bénéficiaires du revenu et/ou du capital, celui de désigner des fiduciaires remplaçants, celui de signer seul les chèques pour la fiducie, celui de voter les actions détenues par la fiducie, etc.) pourront être conférés à un autre fiduciaire advenant qu'il cesse lui-même de pouvoir agir à titre de fiduciaire. L'acte de fiducie devra le préciser. Souvent, ces pouvoirs ou certains d'entre eux sont conférés au conjoint du fiduciaire-auteur du gel, ou à certains autres membres de sa famille, le cas échéant.

4.5. REMPLACEMENT DISCRÉTIONNAIRE DE FIDUCIAIRES

Plusieurs fiscalistes craignent que ce pouvoir de remplacement discrétionnaire du ou des autres cofiduciaires n'octroie au fiduciaire-auteur du gel un pouvoir tel que cela puisse mettre en péril l'objectif de protection d'actif de la fiducie ou donne ouverture à l'application des dispositions antifractionnement du paragraphe 75(2) L.I.R.

Plusieurs fiscalistes recommandent de remplacer ce genre de pouvoir de remplacement discrétionnaire par un mandat d'une durée limitée accordée à un ou aux cofiduciaires. Le but est, dans tous les cas, d'éviter que le fiduciaire-auteur du gel ne soit pris avec un ou des cofiduciaires qui gênent ou paralysent l'administration de la fiducie.

Par exemple, il pourrait être prévu que la durée du mandat de tout fiduciaire, autre que le fiduciaire-auteur du gel, sera d'un an à compter de la date d'acceptation de sa nomination et qu'à moins qu'un avis écrit ne soit donné par l'un ou l'autre des fiduciaires au moins 60 jours avant la fin d'un terme d'un an, le mandat sera renouvelé automatiquement pour une autre année.

¹¹⁶ Voir Sophie DUCHARME, « Partie C – La vraie nature du fiduciaire », dans *Congrès 98*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1999, pp. 7:59-77, à la page 7:74. Voir également J. BEAULNE, précité, note 50, par. 244 *in fine* et, tout particulièrement, la note infrapaginale 857.

Ainsi, le fiduciaire-auteur du gel n'aura, le cas échéant, qu'à « endurer » son ou ses cofiduciaires **temporaires** que pendant quelques mois.

4.6. PRISE DE DÉCISION

Dans la section 3. plus haut, qui traite du paragraphe 75(2) L.I.R. et de la protection d'actif, il a déjà été fait mention de la réticence à donner au fiduciaire-auteur du gel un droit de *veto* ou un vote prépondérant.

La décision de vouloir octroyer au fiduciaire-auteur du gel ce droit de *veto* ou ce vote prépondérant dépendra du genre de fiducie visée et de l'affectation de celle-ci.

Mais un tel vote prépondérant irait-il à l'encontre de l'article 1275 C.c.Q., qui prévoit que le fiduciaire, lui-même bénéficiaire de la fiducie, doit agir conjointement avec un fiduciaire qui n'est ni constituant ni bénéficiaire?

Quelle est la portée de l'exigence de l'article 1275 C.c.Q.? Oblige-t-elle que toutes les décisions prises par les fiduciaires soient unanimes? Ou signifie-t-elle seulement que le fiduciaire qui est constituant ou bénéficiaire doit avoir un cofiduciaire qui soit « étranger » à la fiducie? Après avoir posé ces questions, le professeur Jacques Beaulne¹¹⁷ regarde ce que d'autres ont écrit sur le sujet et tout particulièrement s'attarde sur l'opinion de la professeure Bruneau¹¹⁸, laquelle après avoir souligné l'utilisation des expressions « de concert » et « conjointement » dans le nouveau Code civil, note que la « participation du fiduciaire impartial vise à assurer un minimum d'objectivité et éviter que la division du patrimoine ne soit purement artificielle »¹¹⁹. Le professeur Beaulne continue en relatant que celle-ci conclut finalement que les termes « agir conjointement » de l'article 1275 C.c.Q. se limitent en réalité à exiger que la fiducie où le fiduciaire est également le constituant ou le bénéficiaire soit dotée d'un autre fiduciaire étranger à ces qualités, mais pas nécessairement que les décisions soient prises de façon unanime, ce qui, rappelle-t-il, serait conforme à ce que le Ministre lui-même semble vouloir, lui qui se contente de parler de la

¹¹⁷ J. BEAULNE, précité, note 50, par. 291 et suiv.

¹¹⁸ Il s'agit de Diane Bruneau, notaire, fiscaliste et professeure titulaire à la faculté de droit de l'Université de Montréal.

¹¹⁹ D. BRUNEAU, précité, note 115, 771.

« présente d'un fiduciaire impartial »¹²⁰. Le professeur Beaulne poursuit en écrivant que « bien que le langage employé dans le Code en rapport avec la règle ne soit ni uniforme, ni particulièrement convaincant, nous sommes du même avis que la professeure Bruneau : exiger non seulement la présence d'un tiers-fiduciaire, mais également l'unanimité entre celui-ci et le fiduciaire-constituant ou le fiduciaire-bénéficiaire, serait, à notre avis, beaucoup trop contraignant et risquerait de paralyser complètement l'administration fiduciaire »¹²¹.

Tous s'entendent pour reconnaître que l'article 1275 C.c.Q. est d'ordre public et qu'il doit être respecté¹²². Dans l'affaire *Spicer*¹²³, le juge Hurtubise s'est non seulement prononcé sur la nécessité d'un fiduciaire qui ne soit lui-même ni constituant ni bénéficiaire, mais qui soit en plus une personne **impartiale** ou **totalement désintéressée**. Pour cette raison, le juge Hurtubise refusa la candidature de M^{me} Jane Spicer à titre de cofiduciaire (bien que cette dernière dans les circonstances n'était elle-même ni bénéficiaire directe de la fiducie, ni héritière selon le testament), sous prétexte qu'elle ne satisfaisait pas *a priori* aux attentes de l'article 1275 C.c.Q. Il désigna plutôt comme cofiduciaire un certain M. Mark Armitage, dont le nom figurait à l'article 4 du testament du *de cuius*. M. Armitage était le conseiller financier et ami de feu James Edmund Spicer. Le juge Hurtubise justifie ce choix comme suit :

« [...] suite à son témoignage nous retenons que M. Armitage a les qualités requises pour satisfaire aux exigences du poste de cofiduciaire : compétence professionnelle, absence d'intérêts personnels directs et indirects et dans une moindre mesure une certaine connaissance des affaires des compagnies concernées »¹²⁴.

Ce qu'il y a de plus surprenant dans l'affaire *Spicer* est qu'après avoir désigné ainsi un cofiduciaire jugé impartial, la Cour ajouta qu'« en cas d'égalité des votes, nous accordons voix prépondérante à

¹²⁰ *Code civil du Québec – Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 759.

¹²¹ J. BEAULNE, précité, note 50, par. 291 *in fine*.

¹²² Voir, par exemple, l'affaire *Gravel c. Dubois*, EYB 2003-43229 (C.S.), par 13, où le juge Yves Alain de la Cour supérieure déclare « que la disposition de l'article 1275 C.c.Q. est d'ordre public et d'application immédiate ». Voir aussi l'affaire *Spicer (succession de)*, R.E.J.B. 2004-61697 (C.S.) (en appel) (« *Spicer* »), par. 68.

¹²³ Précité, note 122.

¹²⁴ *Id.*, par. 85.

M^{me} Boyer-Richard »¹²⁵. Cette idée d'un vote prépondérant est également prévue à l'article 1333, al. 2. C.c.Q., qui prévoit qu'advenant que les fiduciaires (à titre d'administrateurs du bien d'autrui) ne puissent réussir à agir à la majorité ou selon toute autre proportion prévue, le tribunal peut, à la demande de l'intéressé, donner voix prépondérante à l'un d'eux. Si le Code civil prévoit une telle solution à une situation persistante d'administration sérieusement entravée, pourquoi le constituant d'une fiducie ne pourrait-il pas prévenir cette situation en octroyant dès le départ une voix prépondérante à l'un des fiduciaires? Cela éviterait d'avoir à faire une demande au tribunal, avec les frais et les délais que cela puisse entraîner.

Pour sa part, le professeur Beaulne¹²⁶ considère qu'« il ne serait pas possible, dans l'acte constitutif [d'une fiducie], d'accorder préséance au vote du constituant-fiduciaire (ou bénéficiaire-fiduciaire) en cas de désaccord entre les fiduciaires », tout en soulignant à la note infrapaginale 965 de son ouvrage, que dans l'affaire *Spicer* le juge a pourtant accordé un tel vote prépondérant, sans toutefois motiver cet aspect de sa décision¹²⁷.

Pour le moment rien n'empêche les indécis d'assouplir la clause du vote prépondérant en prévoyant, par exemple, que le vote prépondérant ne sera disponible que dans la mesure où :

- un tel vote prépondérant n'est pas réfuté par les tribunaux comme allant à l'encontre des dispositions prévues au Code civil, dont l'article 1275 C.c.Q.;
- le fiduciaire-auteur du gel n'y renonce, conformément au pouvoir de renonciation à l'un ou l'autre des pouvoirs à lui conférés par l'acte de fiducie.

D'ailleurs, la renonciation par le fiduciaire-auteur du gel est valable pour tout autre pouvoir que l'acte de fiducie pourrait lui octroyer, sans qu'il soit nécessaire de le spécifier à chacun de ces pouvoirs, si la clause générale de renonciation est prévue, par exemple, dans la longue liste des pouvoirs

¹²⁵ *Id.*, par. 87 : M^{me} Boyer-Richard était la seule fiduciaire d'une fiducie créée par le testament dont elle était également bénéficiaire, d'où la requête au tribunal pour faire nommer un cofiduciaire impartial.

¹²⁶ J. BEAULNE, précité, note 50, par. 291.1.

¹²⁷ *Id.*, où l'on donne quelques raisons pour justifier le point de vue de l'auteur. Nous invitons ceux que cela pourrait intéresser plus particulièrement à lire ce paragraphe.

habituellement contenus dans l'acte de fiducie, bien que cela ne soit pas nécessaire puisque « le fiduciaire a la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire et [...] il exerce tous les droits afférents au patrimoine et peut prendre toute mesure propre à en assurer l'affectation »¹²⁸.

Sans compter qu'à titre d'administrateur du bien d'autrui chargé de la pleine administration¹²⁹, « l'administrateur peut, pour exécuter ses obligations, aliéner le bien à titre onéreux, le grever d'un droit réel ou en changer la destination et faire tout acte nécessaire ou utile, y compris toutes espèces de placements »¹³⁰.

4.7. REDDITION DE COMPTES

Pour la plupart des auteurs, la reddition de comptes, tant celle que le fiduciaire doit faire au moins une fois l'an¹³¹ que celle, finale, qu'il doit faire à la fin de son administration¹³², serait d'ordre public pour le fiduciaire.

Le professeur Beaulne, pour sa part, est « porté à croire que la reddition de comptes constitue une obligation d'ordre public pour le fiduciaire et qu'il n'est pas possible d'insérer, à l'acte constitutif, une clause dérogatoire à cet égard »¹³³. Par contre, il rappelle que les règles quant à la forme du compte sont, presque, inexistantes. Ainsi, le compte n'a pas à revêtir de forme particulière, et il n'est pas exigé qu'il soit vérifié par un comptable. À la rigueur, un simple relevé des recettes et des déboursés suffit. Ce qui importe, c'est qu'il soit suffisamment détaillé pour qu'on puisse en vérifier l'exactitude¹³⁴.

¹²⁸ Art. 1278, al. 1 C.c.Q.

¹²⁹ *Id.*

¹³⁰ Art. 1307 C.c.Q.

¹³¹ Art. 1351 C.c.Q.

¹³² Art. 1363, al. 1 C.c.Q.

¹³³ J. BEAULNE, précité, note 50, par. 373. À la note infrapaginale 1185 de son ouvrage, le professeur Beaulne cite quelques autres auteurs qui partagent son opinion, dont S. DUCHARME, précité, note 116 et Lise I. BEAUDOIN.

¹³⁴ *Id.*

Serait également d'ordre public le compte final prévu à la fin de la fiducie. Les règles sont alors plus strictes à l'égard de ce compte final et les obligations plus nombreuses¹³⁵.

Mais quels seront les bénéficiaires à qui les fiduciaires devront rendre compte? Dans le cas d'une fiducie discrétionnaire, il est considéré que tous les bénéficiaires potentiels désignés à l'acte ne sont que des « postulants » à ce titre (voir section 4.3. plus haut) et ne deviendront véritablement des bénéficiaires qu'à compter du moment où ils seront « élus » ou choisis par les fiduciaires. De plus, si le fiduciaire-auteur du gel est lui-même l'un des bénéficiaires potentiels, est-il nécessaire qu'il rende compte à lui-même de son administration? M^c Julie Loranger mentionne, en ce qui a trait à l'inventaire et à la reddition de comptes, que « le bénéficiaire de ces obligations peut y renoncer »¹³⁶. Il est vrai que l'article 1324 C.c.Q. stipule que « l'administrateur n'est pas tenu de faire inventaire, de souscrire une assurance ou de fournir une autre sûreté [...] à moins d'y être obligé par la loi ou l'acte ». Mais cela n'est pas aussi évident pour ce qui est de l'obligation de rendre compte, qui, elle, serait d'ordre public.

Les fiduciaires ne devraient pas oublier, lorsqu'ils sont plusieurs en fonction, que l'obligation de rendre un compte est solidaire entre eux, à moins que leur fonction n'ait fait l'objet d'une division¹³⁷.

Dans le jugement sur requête en destitution des fiduciaires *Giroux c. Langlois*¹³⁸, l'un des bénéficiaires de deuxième rang d'une fiducie testamentaire tentait d'obtenir la destitution des fiduciaires choisis par le testateur, au motif, entre autres, qu'ils ont omis de rendre un compte sommaire de leur gestion aux bénéficiaires, au moins une fois l'an.

Le tribunal, après avoir passé en revue la trame factuelle de la situation qui lui a été présentée, a vite fait de rejeter ce grief, le jugeant manifestement mal fondé. Le tribunal reconnaît que les fiduciaires ont l'obligation de rendre compte. Toutefois, dans cette affaire, le tribunal considère que les fiduciaires sont allés bien au-delà de cette obligation. La gestion quotidienne et l'administration des entreprises sous le contrôle des fiduciaires ont toujours

¹³⁵ Art. 1363 à 1369 C.c.Q. Voir aussi J. BEAULNE, précité, note 50, par. 374 à 376.

¹³⁶ J. LORANGER, précité, note 46, 93.

¹³⁷ Art. 1353 C.c.Q.

¹³⁸ *Giroux c. Langlois*, précité, note 51, par. 66 à 70. Voir la section 5.1.1. ci-après pour un exposé des faits afférents à cette affaire.

été assurées par les bénéficiaires de deuxième rang et non par les fiduciaires. Ces derniers, à la demande du bénéficiaire de premier rang (soit Charlotte, la mère des bénéficiaires de deuxième rang), bien qu'ils détiennent le pouvoir décisionnel, à titre de fiduciaires de la fiducie exclusive au bénéfice de Charlotte et à celui d'administrateurs des compagnies dont les actions sont détenues par la fiducie, ont tenté de limiter leur intervention à un rôle de médiateur et conciliateur entre les bénéficiaires de deuxième rang (soit les enfants de Charlotte). Me Jacques Langlois, l'un des fiduciaires-administrateurs, a même mis sur pied un comité de direction formé des trois enfants (bénéficiaires de deuxième rang) et de lui-même.

Dans ce contexte, Denis, le bénéficiaire de deuxième rang demandant la destitution des fiduciaires, était bien malvenu de prétendre ne pas avoir été mis au courant de la gestion des entreprises par les fiduciaires-administrateurs.

4.8. DÉLÉGATION

Il est fréquent que le fiduciaire-auteur du gel veuille s'occuper seul du compte de banque de la fiducie, pour ne pas avoir à requérir d'autres signatures. Les fiduciaires peuvent très bien accommoder le fiduciaire-auteur du gel en lui déléguant l'autorité de procéder seul à la négociation et à la signature de tous les documents bancaires afférents à la fiducie, tant en ce qui a trait aux entrées de fonds qu'aux sorties de fonds de celle-ci.

Relativement à une telle délégation, M^c Loranger écrit :

« il est important toutefois que les co-fiduciaires comprennent qu'ils peuvent retirer cette délégation en tout temps en avisant la banque et qu'ils sachent qu'ils pourront être tenus responsables vis-à-vis des bénéficiaires s'ils n'exercent aucune surveillance sur leur délégation et que cela conduit à un dommage. Sur le plan pratique, les fiduciaires pourront avoir un accès en tout temps au compte de la fiducie par Internet »¹³⁹.

Pour ceux qui craignent qu'une telle délégation puisse nuire, le cas échéant, à l'objectif de protection d'actifs de la fiducie, la délégation pourrait faire l'objet d'une limite en argent. Par exemple, le fiduciaire-auteur du gel ne pourrait signer seul, pour le compte de la fiducie, que des engagements impliquant des montants de 25 000 \$ ou moins. Il s'agit de trouver le montant raisonnable qui permettra au fiduciaire-auteur du gel de faire les

¹³⁹ J. LORANGER, précité, note 6, 22:35.

attributions annuelles de revenus qu'il désire, tout en laissant les engagements financiers importants à l'exigence de plus d'une signature.

S'il y a délégation de pouvoirs entre les fiduciaires, ces derniers ne doivent pas oublier qu'ils sont solidairement responsables de leur administration, à moins que leurs fonctions n'aient été divisées par l'acte constitutif, auquel cas chacun d'eux n'est responsable que de la partie qui lui a été attribuée¹⁴⁰.

À défaut d'une division des fonctions entre les fiduciaires, le fiduciaire qui veut échapper à la responsabilité solidaire devra manifester **immédiatement** sa dissidence à ses cofiduciaires et en aviser les bénéficiaires dans un **délai raisonnable**¹⁴¹. Quel bénéficiaire le fiduciaire doit-il ainsi aviser de sa dissidence? Que fait-on dans le cas d'une fiducie discrétionnaire où les bénéficiaires inscrits à l'acte de fiducie ne seraient que des « postulants » (voir la section 4.3. pour mieux comprendre) en attente d'une désignation à titre de bénéficiaires officiels, que ce soit d'une participation dans le revenu ou dans le capital de la fiducie¹⁴²?

Une chose est certaine, il faudra éviter que l'acte constitutif de la fiducie ne dépouille le ou les fiduciaires de toutes leurs prérogatives, ce qui pourrait mettre en cause l'existence même de la fiducie¹⁴³.

¹⁴⁰ Art. 1334 C.c.Q.

¹⁴¹ Art. 1335 C.c.Q. Un fiduciaire pourra se dégager de sa responsabilité, même hors délai, s'il peut justifier des motifs sérieux pour ne pas avoir fait connaître sa dissidence aux bénéficiaires en temps utile : art. 1335, al. 2 C.c.Q.

¹⁴² Le professeur J. BEAULNE, précité, note 50, par. 341, où il constate que le Code civil ne fournit aucune réponse à ces questions et trouve dommage que le législateur n'ait pas jugé bon de régler ces questions. Au paragraphe 342 de son ouvrage, il suggère certaines solutions à ce problème.

¹⁴³ Voir la décision *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*, [2004] 1 R.C.S. 758, par. 37, où la Cour s'exprime ainsi dans une situation où le seul rôle d'un fiduciaire consistait à obéir aux directives d'une personne autre qu'un fiduciaire :

« 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 (Cantin Comyn, *Trait de droit civil : L'administration du bien d'autrui* (2000), p. 241). »

Voir aussi J. LORANGER, précité, note 6, 22:34.

4.9. CONSERVATION DES BIENS

En principe, le fiduciaire, à titre d'administrateur chargé de la pleine administration du bien d'autrui, doit :

- conserver le bien de la fiducie;
- faire fructifier le bien de la fiducie;
- accroître le patrimoine de la fiducie ou en réaliser l'affectation;

lorsque l'intérêt du bénéficiaire ou la poursuite du but de la fiducie l'exigent¹⁴⁴.

Ainsi, l'obligation pour le fiduciaire de conserver, faire fructifier et accroître le patrimoine de la fiducie est soumise à l'affectation des biens de la fiducie.

Pour ne pas rendre le ou les fiduciaires responsables d'un manquement à leur devoir à l'un ou l'autre de ces objectifs et de donner ouverture à des recours en destitution ou en dommages de la part des bénéficiaires, l'acte de fiducie aurait avantage à prévoir expressément, dans le cas où cela correspond à l'affectation recherchée, que les fiduciaires pourront :

- conserver un bien, même si celui-ci ne produit aucun fruit, telles par exemple une œuvre d'art, une collection, ou tout autre bien ayant une valeur symbolique ou psychologique pour les bénéficiaires de la fiducie, malgré le fait qu'ils ne produisent aucun fruit ou n'apporte aucun accroissement à la fiducie;
- permettre l'utilisation d'un bien de la fiducie pour l'usage personnel d'un bénéficiaire, ou même d'une personne qui n'est pas bénéficiaire (par exemple, l'usage, par les parents, d'une propriété d'habitation cédée à une fiducie au bénéfice des enfants);

¹⁴⁴ Art. 1306 C.c.Q.

- autoriser la conversion d'un bien générateur de croissance en un bien qui ne l'est pas (par exemple, des actions ordinaires en actions privilégiées de gel);
- conserver des actions privilégiées de gel, même si elles ne participeront pas à l'accroissement du patrimoine de la fiducie et qu'elles ne produiront peut-être aucun fruit si aucun dividende n'est déclaré sur celles-ci.

Ce ne sont là que quelques exemples pour imaginer les nuances pouvant être apportées aux obligations que l'article 1306 C.c.Q. impose aux fiduciaires. M^e Loranger souligne que « la présence dans l'acte constitutif d'une dispense de faire fructifier les biens ne peut justifier l'inaction totale du fiduciaire ou une administration contraire à l'affectation de la fiducie. Ainsi, le fait de laisser d'importantes sommes appartenant à la fiducie dans un compte bancaire ne portant pas intérêt, sans aucune justification, pourrait être considéré comme une faute de la part du fiduciaire »¹⁴⁵.

N'oublions pas que les devoirs de loyauté et d'honnêteté doivent toujours teinter les décisions prises par les fiduciaires. Comme le dit si bien M^e Loranger : « On voit mal un acte constitutif accorder à un fiduciaire le pouvoir, s'il le juge approprié, d'exercer ses pouvoirs de manière malhonnête et déloyale »¹⁴⁶.

5. RECOURS CONTRE LES ADMINISTRATEURS ET FIDUCIAIRES

Les conséquences de jouer plusieurs rôles, tels ceux d'administrateur et/ou d'actionnaire de la compagnie visée par la planification, en plus d'être fiduciaire et bénéficiaire de la fiducie qui est également actionnaire de cette compagnie, sont de prêter le flanc à plusieurs recours, dont tout particulièrement ceux pouvant être exercés contre les administrateurs d'une compagnie ou contre les fiduciaires d'une fiducie.

¹⁴⁵ J. LORANGER, précité, note 6, 22:28.

¹⁴⁶ *Id.*, 22:27.

Il existe déjà des textes consacrés tant aux recours contre les administrateurs de compagnies¹⁴⁷ qu'à ceux contre les fiduciaires¹⁴⁸.

Nous avons déjà nous-même écrit sur le sujet¹⁴⁹, où nous traitons de la responsabilité de l'auteur du gel en sa qualité d'administrateur, de même que de sa responsabilité en tant qu'actionnaire majoritaire (de contrôle), suivi des recours pouvant être intentés par des actionnaires, tant selon la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* que selon l'ancienne *Loi sur les compagnies* (analyse qui serait à rafraîchir suivant la nouvelle *Loi sur les sociétés par actions*). Étaient également couvertes les responsabilités de l'auteur du gel en tant que fiduciaire et les recours des bénéficiaires à l'encontre d'un fiduciaire manquant à ses devoirs.

5.1. RECOURS CONTRE LES FIDUCIAIRES

M^c Loranger écrit que « les recours des bénéficiaires varieront selon qu'il s'agit d'un excès de pouvoir ou d'un mauvais exercice d'un pouvoir. Un excès de pouvoir serait l'exercice par le fiduciaire d'un pouvoir qu'il n'a jamais eu, tandis qu'un mauvais exercice de pouvoir serait l'exercice par le fiduciaire d'un pouvoir qu'il possède mais d'une façon allant à l'encontre de l'un de ses devoirs »¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Voir P. MARTEL, précité, note 5, par 30-1 à 30-37, pour ce qui est des droits préventifs en vue de la protection des actionnaires minoritaires, dont tout particulièrement le droit au rachat d'actions ou de dissidence, et ch. 31, par. 31-1 à 31-226, en ce qui a trait aux recours en vue de la protection des actionnaires minoritaires. Le chapitre 31 passe en revue plus de 12 recours possibles que la fiducie, à titre d'actionnaire minoritaire, pourrait prendre contre le ou les administrateurs de la compagnie : le remède en cas de fraude; le séquestre judiciaire; l'action « dérivée »; le recours en cas d'abus (« pour oppression ») – fédéral; le recours en redressement en cas d'abus de pouvoir ou d'iniquité – provincial; la demande de liquidation, l'enquête, tant au fédéral qu'au provincial; l'annulation de contrat, l'ordonnance en cas d'inobservation, la rectification des registres; les corrections d'erreurs, l'annulation de statuts.

¹⁴⁸ Voir J. LORANGER, précité, note 46, 90-93, pour une énumération des recours des bénéficiaires.

¹⁴⁹ Luc MARTEL, « Planification personnelle et successorale : méthodes de dégel successoral », dans *Congrès 94*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1995, pp. 25:1-50.

¹⁵⁰ J. LORANGER, précité, note 6, 22:38-39.

5.1.1. Recours pour excès ou abus de pouvoir

Elle rappelle que les recours contre le fiduciaire ayant mal agi sont :

- la réclamation de dommages-intérêts;
- la destitution de l'administrateur¹⁵¹;
- l'injonction;
- l'obtention d'une sûreté¹⁵²;
- l'action oblique; et
- la saisie avant jugement.

Pour ce qui est de l'excès de pouvoir, en plus des autres recours vus ci-dessus, il y a celui d'obtenir la nullité de l'acte ayant été fait.

En règle générale, les tribunaux sont réticents à ordonner la destitution ou le remplacement d'un fiduciaire. Les tribunaux tendent à respecter la volonté du constituant dans son choix de fiduciaire.

L'affaire *Brassard c. Brassard*¹⁵³ nous indique que les tribunaux n'interviendront qu'en cas de manquement grave, réel (et non potentiel) de la part des fiduciaires :

« [90] À la lumière de ces principes, il appert donc que la personne qui souhaite obtenir la destitution d'un fiduciaire en vertu du premier alinéa de l'article 1290 C.c.Q. devra prouver l'existence de manquements graves aux obligations qui incombent aux fiduciaires en tant qu'administrateurs du bien d'autrui. On ne saurait donc fonder un tel recours sur de simples appréhensions, aussi sérieuses soient-elles¹⁵⁴. »

¹⁵¹ Art. 1290 et 1360, al. 2 C.c.Q.

¹⁵² Art. 1324 C.c.Q.

¹⁵³ 2009 QCCA 898, J.E. 2009-948 (C.A.).

¹⁵⁴ *Id.*, par. 90. Dans cette affaire, la Cour d'appel n'exclut pas le recours à l'article 1294 C.c.Q. afin d'obtenir le remplacement du fiduciaire pour « mieux respecter la volonté du constituant ou [de favoriser] l'accomplissement de la fiducie.

Comme le rappelle le juge Dominique Bélanger, dans le jugement sur requête en destitution des fiduciaires *Giroux c. Langlois*, « le manque de confiance d'un bénéficiaire envers un fiduciaire ou encore une divergence d'opinions [affaire *Brodie (succession de)*, J.E. 89-1185 (C.A.)] n'est pas un motif de destitution en soi. Ce qui importe, c'est la confiance que le constituant a placée dans les fiduciaires qu'il a lui-même choisis. Destituer les fiduciaires, c'est en quelque sorte mettre de côté la volonté d'un constituant »¹⁵⁵.

L'affaire *Rose*¹⁵⁶ est un exemple où le tribunal a jugé que le fiduciaire en poste, M. Bryan Rose, devait être destitué au motif qu'un fiduciaire ne peut se placer dans une situation où, inévitablement, ses intérêts personnels viendront en contradiction avec ceux des bénéficiaires. Dans cette affaire, la Cour conclut ce qui suit :

« Given this conflict [between Brian Rose and his daughters], it is incongruous that Brian maintains that he has the right to use the property [in trust] while simultaneously submitting he is acting in Ashleigh and Kelsey's best interests as the Trustee. [...] He can no longer be objective regarding his role as a trustee. When it is difficult to accept that a trustee could deal with the interest of the beneficiaries in an objective manner, the trustee is removed¹⁵⁷. »

5.1.2. Droits de surveillance

L'administration de la fiducie est soumise à la surveillance du constituant ou de ses héritiers, s'il est décédé, et du bénéficiaire, même éventuel¹⁵⁸.

Ces droits de surveillance peuvent prendre trois formes.

5.1.2.1. Ceux qui permettent d'agir à la place, ou contre le fiduciaire

Le constituant, le bénéficiaire ou un autre intéressé peut, **malgré toute stipulation contraire**, agir à titre de fiduciaire :

¹⁵⁵ Précité, note 51, par. 11. Voir la section 1.2.9. plus haut pour un exposé des faits afférents à cette affaire.

¹⁵⁶ Précité, note 99.

¹⁵⁷ *Id.*, par. 76.

¹⁵⁸ Art. 1287, al. 1 C.c.Q.

- pour le contraindre à exécuter ses obligations;
- pour le contraindre à faire un acte nécessaire à la fiducie;
- pour lui enjoindre de s'abstenir de tout acte dommageable à la fiducie;
- pour obtenir sa destitution.

Les mots « malgré toute stipulation contraire » soulignent le caractère d'ordre public de l'article 1290 C.c.Q. et, probablement, par ricochet, celui de l'article 1287 C.c.Q.

5.1.2.2. Ceux permettant d'intervenir contre les actes du fiduciaire

L'intervenant intéressé peut attaquer un acte fait par un fiduciaire :

- si cet acte est fait en fraude du patrimoine fiduciaire;
- si cet acte est fait en fraude des droits des bénéficiaires¹⁵⁹.

Ces droits de surveillance sont complétés et facilités, d'une part, par l'obligation de faire inventaire¹⁶⁰ et, d'autre part, par l'obligation de rendre compte¹⁶¹.

5.1.2.3. Ceux permettant d'agir à la place du fiduciaire

Le tribunal peut autoriser l'intervenant intéressé à agir en justice à la place du fiduciaire, lorsque celui-ci, sans motif suffisant :

- refuse d'agir;

¹⁵⁹ Art. 1290, al. 2 C.c.Q.

¹⁶⁰ Art. 1324 C.c.Q. : cette mesure n'est pas, en règle générale, obligatoire, à moins que l'administrateur n'y soit contraint « par la loi ou l'acte, ou encore par le tribunal, à la demande du bénéficiaire ou de tout intéressé ».

¹⁶¹ Art. 1351 C.c.Q. pour le compte annuel et art. 1363, al. 1 C.c.Q. pour le compte final : les auteurs sont généralement d'avis que la reddition de comptes constitue une obligation d'ordre public pour le fiduciaire, et qu'il n'est pas possible d'insérer, à l'acte constitutif, une clause dérogoratoire à cet égard : voir J. BEAULNE, précité, note 50, par. 373.

- néglige d'agir;
- est empêché d'agir¹⁶².

5.1.3. Personnes pouvant exercer les recours contre le fiduciaire

La plupart des dispositions du Code civil prévoyant des recours contre le fiduciaire accordent ces recours au constituant (ou à ses héritiers, s'il est décédé), au bénéficiaire ou, parfois, à tout autre intéressé¹⁶³.

5.1.3.1. Recours par le constituant

En pratique, ce que l'on demande du constituant lors de la mise sur pied d'une fiducie entre vifs de gel, c'est qu'il signe l'acte de fiducie en même temps que le ou les fiduciaires et fasse don d'un montant d'une cinquantaine de dollars¹⁶⁴. Le constituant est généralement un ami ou un membre de la famille, que l'on rassurera quant à sa responsabilité en lui disant que celle-ci se limite à cette signature et à ce don. Dans ce contexte, il est peu probable que le constituant entreprenne quelque recours que ce soit.

Le constituant ainsi choisi ne connaîtra probablement jamais toutes les dispositions du Code civil où son intervention est mentionnée. Pensons par exemple aux dispositions suivantes :

- Article 1281 C.c.Q. : le constituant peut se réserver le droit de recevoir les fruits et revenus ou [...] le capital d'une fiducie [...].
- Article 1282 C.c.Q. : le constituant peut se réserver ou conférer au fiduciaire ou à un tiers la faculté d'élire les bénéficiaires ou de déterminer leur part (c'est à cet article que l'on retrouve la fameuse « faculté d'élire » dont sont pourvues la plupart des fiducies discrétionnaires qui sont constituées ces temps-ci).
- Article 1287 C.c.Q. : l'administration de la fiducie est soumise à la surveillance du constituant ou de ses héritiers, s'il est décédé [...].

¹⁶² Art. 1291 C.c.Q.

¹⁶³ Art. 1287, 1290, 1294 C.c.Q. pour ne nommer que ceux-ci.

¹⁶⁴ L'objet de cette donation étant généralement un lingot d'argent, une pièce numismatique, ou tout autre objet de peu de valeur et non générateur de revenus.

- Article 1290 C.c.Q. : le constituant [...] peut [...] agir contre le fiduciaire [...] ou pour obtenir sa destitution. Il peut aussi attaquer les actes faits par le fiduciaire en fraude du patrimoine fiduciaire ou des droits du bénéficiaire.
- Article 1291 C.c.Q. : le tribunal peut autoriser le constituant [...] à agir en justice à la place du fiduciaire [...].
- Article 1292 C.c.Q. : le constituant est, s'il y participe, solidairement responsable des actes exécutés en fraude des droits des créanciers du patrimoine fiduciaire.
- Articles 1294 et 1295 C.c.Q. : il doit être donné avis au constituant de toute demande au tribunal, faite par toute personne intéressée, pour mettre fin à la fiducie ou pour en modifier les dispositions.
- Article 1297, 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.

Comme on le constate, le constituant est un joueur important dans la vie d'une fiducie de droit civil. Ce n'est certainement pas là, par contre, le rôle qu'on s'attend que joue l'ami ou le parent choisi pour ouvrir la fiducie entre vifs discrétionnaire de gel.

Pourtant, le législateur lui reconnaît un rôle, même après la constitution de la fiducie :

« Il est intéressant de noter que le constituant ou ses héritiers aient été reconnus comme ayant un intérêt suffisant pour agir. En principe, une fois la fiducie créée, elle échappe à son créateur et, *a fortiori*, à ses héritiers. Il n'y a, ne serait-ce qu'en vertu des articles 1287, al. 2 et 1297, al. 2, aucun autre rapport juridique entre le constituant et le fiduciaire. En effet, la loi nouvelle reconnaît l'intérêt moral du constituant à l'égard de la fiducie qu'il crée¹⁶⁵. »

Il pourra en être autrement du constituant d'une fiducie entre vifs en faveur de soi-même, qui se trouve à être le principal intéressé de la fiducie. Mais on voit mal ce constituant prendre quelque recours contre une fiducie dans laquelle il est lui-même fiduciaire et bénéficiaire.

¹⁶⁵ John E. BRIERLEY, *De certains patrimoines d'affectation de la fiducie*, La Réforme du Code civil, Les Presses de l'Université Laval, Cité universitaire, Sainte-Foy, 1993, vol. 1, Droits des biens, Titre sixième. Chapitre Deuxième, par. 39, p. 771.

Pour ce qui est des fiducies testamentaires, le constituant étant décédé au moment où elle se constitue, on ne s'attendra pas à ce qu'il intervienne dans les fiducies créées par son testament.

Ces dispositions du Code civil seront donc plus d'un ordre théorique que pratique dans ce contexte.

5.1.3.2. Recours par le bénéficiaire

Il serait plus logique de s'attendre à ce qu'un bénéficiaire veuille surveiller les agissements du fiduciaire dans l'administration de la fiducie créée au bénéfice de ce bénéficiaire, ou prendre des mesures advenant un excès de pouvoir ou un mauvais exercice de pouvoir de la part du fiduciaire.

Encore faut-il cependant que le bénéficiaire qui veuille intervenir ait le statut de « bénéficiaire, même éventuel » prévue à l'article 1287 C.c.Q. Or, selon le professeur Brierley, étant donné que les bénéficiaires énumérés à la liste des bénéficiaires d'un acte de fiducie discrétionnaire de gel ne seraient en réalité que des « postulants » et non de réels bénéficiaires, ils ne pourraient exercer ces recours tant qu'ils ne seraient pas des bénéficiaires élus.

Ce n'est que lorsque les bénéficiaires seront véritablement connus, par exemple par l'exercice, par le fiduciaire, de sa faculté d'élire parmi les bénéficiaires potentiels, que ces dispositions seront disponibles aux bénéficiaires ainsi élus.

Que dire du ou des bénéficiaires ayant profité d'une attribution de revenu ou de capital au cours d'un exercice financier donné de la fiducie? Auraient-ils droit à ces dispositions? Jusqu'à concurrence de quoi?... de quand?

Si les bénéficiaires sont connus dès le départ, ils auront accès à ces dispositions à tout moment pendant la durée de la fiducie. Il en était ainsi dans l'affaire *Rose*¹⁶⁶, où les bénéficiaires étaient identifiés à l'acte de fiducie (en l'occurrence Ashleigh et Kelsey, les deux filles de M. Rose). Seule la date de distribution des biens de la fiducie était reportée jusqu'à ce que la plus jeune des filles ait atteint l'âge de 50 ans ou à toute autre date antérieure à la discrétion du fiduciaire. Les bénéficiaires étant connus, ils ont été en mesure de prendre un recours pour destitution contre leur père à titre

¹⁶⁶ Précité, note 99.

de fiduciaire, recours qui leur a été accordé par le tribunal au motif qu'un fiduciaire ne peut se placer dans une situation de conflit entre ses intérêts personnels et ceux des bénéficiaires. En effet, tout en prétendant vouloir agir dans le meilleur intérêt de ses filles à titre de fiduciaire de la fiducie détenant le chalet et la maison de campagne cédés par lui-même à la fiducie, M. Rose prétendait avoir le droit à l'usage, à l'occupation et à la jouissance des propriétés détenues par la fiducie.

5.1.3.3. Recours par tout intéressé

Certaines des dispositions de surveillance et de contrôle de la fiducie sont ouvertes à « tout intéressé »¹⁶⁷. Le professeur Beaulne considère que « l'expression pourrait [...] viser tous ceux à qui le Code civil reconnaît un droit de surveillance – curateur à la fiducie pour le bénéficiaire non conçu, curateur public ou tout organisme de surveillance dont fait état l'article 1288 C.c.Q. – bien qu'elle n'écarte pas la possibilité qu'un tiers puisse justifier d'un tel intérêt »¹⁶⁸. Par exemple, dans l'affaire *Spicer*¹⁶⁹, M^{me} Jane Spicer Graham, à titre de tutrice pour ses deux enfants mineurs (petits-enfants du testateur), est intervenue pour se faire nommer cofiduciaire à la fiducie testamentaire créée au bénéfice de ses enfants. Sa candidature comme cofiduciaire a été refusée, mais le principe de la nécessité de nommer un cofiduciaire a été retenu et la Cour a pourvu à cette nomination.

Le ou les fiduciaires, autres que le fiduciaire-auteur du gel, pourraient-ils être de tels autres intéressés?

Nous ne voyons pas pourquoi ce ne pourrait pas être le cas, mais en pratique, le ou les autres fiduciaires étant souvent encore une fois des amis ou de la parenté, ou un fiduciaire de complaisance, comme pour le constituant, nous les voyons mal prendre des mesures contre le fiduciaire-auteur du gel.

Le ou les autres fiduciaires auront cependant avantage à s'intéresser aux décisions prises par le fiduciaire-auteur du gel étant donné que « les administrateurs sont solidairement responsables de leur administration »¹⁷⁰. Ainsi, tout fiduciaire qui ne serait pas en accord avec la décision que veut

¹⁶⁷ Par exemple, celles prévues aux articles 1290, 1291 et 1294 C.c.Q.

¹⁶⁸ J. BEAULNE, précité, note 50, par. 384 *in fine*.

¹⁶⁹ Précité, note 122.

¹⁷⁰ Art. 1334, al. 1 C.c.Q.

prendre le fiduciaire-auteur du gel aurait avantage à inscrire sa dissidence à l'endroit de cette décision pour éviter d'en devenir solidairement responsable¹⁷¹.

Il y a aussi la possibilité que les fonctions des fiduciaires aient été divisées par l'acte de fiducie, chacun n'étant alors responsable que de sa propre administration¹⁷². Mais ce genre de division des fonctions dans l'administration de la fiducie est rarement prévu dans l'acte constitutif d'une fiducie entre vifs discrétionnaire de gel.

Le cofiduciaire d'une fiducie où il n'y a que deux fiduciaires en fonction et où le fiduciaire-auteur du gel a une voix prépondérante aura encore plus intérêt à exprimer sa dissidence; faute de quoi, il sera présumé avoir approuvé toute décision prise par son cofiduciaire¹⁷³.

Jouer à l'autruche ou s'absenter lors d'une prise de décision n'est pas une solution, car le fiduciaire qui était absent lors de la prise d'une décision est aussi présumé avoir approuvé la décision, à moins qu'il ne manifeste sa dissidence à l'autre fiduciaire et au bénéficiaire dans un délai raisonnable après en avoir pris connaissance¹⁷⁴. Cet article ne prévoit pas, comme c'est le cas pour l'article 1335 C.c.Q., la possibilité pour le fiduciaire de se dégager de sa responsabilité « hors délais » s'il peut justifier des motifs sérieux pour n'avoir pu le faire en temps utile.

La dissidence du cofiduciaire doit être dénoncée aux bénéficiaires. Dans le cas d'une fiducie discrétionnaire de gel, à quel bénéficiaire le cofiduciaire devra-t-il ainsi manifester sa dissidence? Tant qu'aucun des bénéficiaires potentiels, considérés comme les « postulants », n'aura effectivement été élu, le cofiduciaire devra sans doute se satisfaire de manifester sa dissidence au fiduciaire-auteur du gel.

5.2. RECOURS POUR OPPRESSION EN DROIT SUR LES SOCIÉTÉS

Parmi tous les recours disponibles en droit relatif aux sociétés pour la protection des actionnaires minoritaires, nous nous satisferons, aux fins des présentes, d'attirer l'attention sur celui qui a le plus de chances d'être utilisé,

¹⁷¹ Art. 1335 C.c.Q.

¹⁷² Art. 1334, al. 2 C.c.Q.

¹⁷³ Précité, note 171.

¹⁷⁴ Art. 1336 C.c.Q.

soit le « recours pour oppression »¹⁷⁵. « 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 au niveau des activités des sociétés et de leurs administrateurs¹⁷⁶. »

Le recours pour oppression, à titre de recours d'équité, est ouvert non seulement dans les cas d'abus des droits du plaignant, mais aussi dans les cas où, même en l'absence d'illégalité ou de fraude, il est porté atteinte à ses droits ou qu'il n'en est pas tenu compte. La conduite reprochée doit entraîner un « préjudice injuste », nécessitant réparation.

Dans la détermination du préjudice injuste, la jurisprudence a introduit la notion des « attentes légitimes » ou « raisonnables » d'un actionnaire : ce n'est pas nécessairement la légalité d'un geste qui est déterminante pour donner ouverture au recours pour oppression, mais son effet injuste.

Cette notion d'« attente raisonnable » a été qualifiée de « pierre angulaire » du recours pour oppression par la Cour suprême dans l'affaire *BCE Inc. c. Détenteurs de débentures 1976*¹⁷⁷, laquelle déclare ce qui suit :

« Comme le suggère le mot “raisonnable”, le concept d'attentes raisonnables est objectif et contextuel. Les attentes réelles d'une partie intéressée en particulier ne sont pas concluantes. Lorsqu'il s'agit de déterminer s'il serait “juste et équitable” d'accueillir un recours, la question est de savoir si ces attentes sont raisonnables compte tenu des faits propres à l'espèce, des rapports en cause et de l'ensemble du contexte, y compris la possibilité d'attentes et de demandes opposées¹⁷⁸. »

Il faut donc se demander si les gestes reprochés et jugés oppressifs violent les attentes raisonnables d'un actionnaire.

Ainsi, par exemple, dans le cas où l'acte de fiducie de la fiducie discrétionnaire de gel exprime clairement dans son affectation la possibilité qu'elle soit réversible¹⁷⁹, que la compagnie familiale dans laquelle la fiducie

¹⁷⁵ Art. 241 L.C.S.A.; art. 450 L.S.A.

¹⁷⁶ P. MARTEL, précité, note 5, par. 31-135.

¹⁷⁷ 2008 CSC 69.

¹⁷⁸ *Id.*, par. 62.

¹⁷⁹ C'est-à-dire que les actions participatives que pourra détenir la fiducie pourront être converties en actions non participantes, afin de permettre à l'auteur du gel de souscrire à nouveau aux actions participatives donnant droit à la plus-value future.

détiendra des actions continuera d'être administrée par l'auteur du gel, qui en conservera le contrôle, et qu'aucun engagement de verser des dividendes à la fiducie n'est prévu, comment les bénéficiaires de la fiducie pourront-ils prétendre qu'ils avaient des attentes raisonnables de recevoir des dividendes de la compagnie familiale, par le biais de la fiducie, d'être nommé sur le conseil d'administration de cette compagnie ou de se voir distribuer, lors de la liquidation de la fiducie, des actions participatives dans la compagnie familiale?

De plus, une jurisprudence constante veut que le recours pour oppression ne soit pas approprié pour « contrecarrer les termes d'une entente à laquelle [le plaignant] a donné un consentement libre et éclairé »¹⁸⁰. Dans l'arrêt *Arthur c. Signum Communications Ltd.*¹⁸¹, le tribunal a énoncé six indices d'une conduite susceptible de donner ouverture au recours pour oppression :

- i) l'absence d'un but relatif à la société valide pour la transaction;
- ii) l'omission de la part de la société et de ses actionnaires dominants de prendre les mesures nécessaires pour stimuler une transaction « à distance »;
- iii) le manque de bonne foi de la part des administrateurs de la société;
- iv) la discrimination entre les actionnaires, ayant pour effet de favoriser l'actionnaire majoritaire à l'exclusion ou au détriment de l'actionnaire minoritaire;
- v) le manque de divulgation adéquate et appropriée d'information importante (*material*);
- vi) un plan ou un dessein d'éliminer l'actionnaire minoritaire.

Évidemment, ces indices devront s'évaluer sous le prisme des attentes raisonnables des parties.

¹⁸⁰ P. MARTEL, précité, note 5, par. 31-221.1.

¹⁸¹ [1991] O.J. N° 86 (Gen. Div.), confirmé en appel par [1993] O.J. N° 1928 (Gen. Div.). Voir aussi P. MARTEL, précité, note 5, par. 31-275.

Qui peut intenter un tel recours? En tout premier lieu, évidemment, le ou les actionnaires minoritaires, mais également tout « plaignant reconnu »¹⁸².

Dans notre scénario d'une compagnie exploitée activement, contrôlée par l'auteur du gel et dans laquelle une fiducie entre vifs discrétionnaire de gel détient des actions, ce serait cette fiducie de gel qui pourrait intenter un recours pour oppression dans le cas où les administrateurs de la compagnie accompliraient des gestes qui seraient considérés comme étant des intérêts de la fiducie de gel. Quelles sont les chances cependant que le fiduciaire-auteur du gel, agissant pour le compte de la fiducie de gel, prenne des mesures contre la compagnie ou ses administrateurs, alors que c'est la même personne (soit le fiduciaire-auteur du gel agissant à titre d'administrateur de la compagnie) qui aura pris la décision jugée « oppressive »

Si le fiduciaire-auteur du gel omet d'intervenir pour la fiducie (à titre d'actionnaire) contre la compagnie en vue de faire cesser un « abus », un bénéficiaire de celle-ci ou un autre intéressé pourrait-il demander au tribunal d'être autorisé à agir à la place du fiduciaire, lorsque celui-ci, sans motif suffisant, refuse ou néglige d'agir¹⁸³? La même question se pose d'ailleurs dans le cas où le fiduciaire refuserait, négligerait ou serait empêché d'agir en justice, sans motif suffisant. Que le bénéficiaire puisse agir pour la fiducie, à la place du fiduciaire, cela le tribunal peut l'autoriser¹⁸⁴. Que le bénéficiaire puisse représenter la fiducie dans une action qu'il juge qu'elle devrait prendre à titre d'actionnaire d'une compagnie, il y a là une rivière plus importante à franchir¹⁸⁵. D'autant plus que nous devons ici encore faire face à la notion de « postulant » par rapport au « bénéficiaire » dans le cas d'une fiducie discrétionnaire, sans compter la spécificité du droit civil au Québec par rapport à la common law des autres provinces.

Mais revenons à la question du rôle que peut jouer le bénéficiaire d'une fiducie dans un recours pour oppression. La Cour d'appel d'Alberta semble confirmer que dans le cas où une personne est « bénéficiaire » d'une fiducie, cette personne serait une « plaignante » reconnue aux fins d'un recours pour oppression. Il en est ainsi dans l'affaire *Kwinter c. Metrowest*

¹⁸² L'article 238 L.C.S.A. définit tous ceux qui pourraient prétendre au statut de plaignant. L'équivalent provincial est à l'article 439 L.S.A.

¹⁸³ Art. 450 L.S.A.; art. 241 L.C.S.A.

¹⁸⁴ Art. 1291 « action oblique » C.c.Q.

¹⁸⁵ Voir l'article 239 L.C.S.A. et l'article 445 L.S.A.

*Developments Ltd.*¹⁸⁶ Dans cette affaire, il s'agissait de deux sœurs, M^{mes} Kwinter et Myron, toutes deux bénéficiaires d'une fiducie familiale mise en place par leur père en décembre 1989. Cette fiducie détenait 100 actions ordinaires de la société Metrowest Developments Ltd., laquelle société possédait un parc immobilier de plusieurs propriétés. Le 2 juillet 2008, les bénéficiaires de la fiducie devenaient admissibles à recevoir leur moitié respective des actions ordinaires de Metrowest. Par ailleurs, la sœur Myron a hérité, le 17 juin 2003, des 12 500 actions privilégiées de Metrowest que détenait leur père. Ces actions privilégiées sont rachetables pour un prix de 12 500 000 \$ et ont droit de vote. Depuis le 17 juin 2003, M^{me} Myron est l'administratrice unique de Metrowest et possède 99 % des actions avec droit de vote de cette dernière.

En février 2006, M^{me} Kwinter entame une action pour oppression contre M^{me} Myron, à titre de liquidatrice de la succession de leur père, ainsi qu'à titre personnel. M^{me} Kwinter recherche la dissolution de Metrowest. Le recours entrepris par M^{me} Kwinter soulève une série de motifs justifiant son action, lesquels motifs se regroupent en deux catégories : des allégations d'appropriation de fonds de la société et des allégations de mauvaise gestion de celle-ci et de ses éléments d'actif. Certaines de ces allégations font référence à des événements survenus depuis le 17 juin 2003, date à laquelle M^{me} Myron est devenue l'administratrice unique de Metrowest.

Les représentants de M^{me} Myron ont contesté le recours pour oppression entrepris par M^{me} Kwinter en soulevant, entre autres, que cette dernière n'était pas admissible à ce remède du fait qu'elle n'était pas actionnaire de Metrowest pendant toute la période de la survenance des présumées allégations d'appropriation et de mauvaise gestion. Ce n'est qu'en juillet 2008, date à laquelle les actions ordinaires détenues par la fiducie devenaient irrévocablement dévolues à ses bénéficiaires, que M^{me} Kwinter était en droit d'être inscrite à titre d'actionnaire de Metrowest, alors qu'elle allègue une conduite oppressive qui aurait débuté dès juin 2003 au moment où elle n'était ni actionnaire ni encore en droit de le devenir. Les représentants de M^{me} Myron ont également soutenu que pour faire valoir un recours pour oppression il fallait une trame factuelle contemporaine entre la plaignante et l'oppression dont elle se plaint¹⁸⁷. Permettre à un plaignant d'obtenir réparation pour une conduite oppressive survenue avant qu'il ne

¹⁸⁶ 2997 ABQB 713, 44AAR 86, et 2011 ABCA 61.

¹⁸⁷ En anglais, les termes utilisés sont : « the appellants argue that the respondent cannot bring an oppression action because the grounds of oppression [...] “require a time-related factual nexus between the complainant and the oppression complained of” ».

soit lui-même actionnaire aurait pour résultat de permettre à ce plaignant de profiter aujourd'hui des torts faits à un actionnaire antérieur ou aux actionnaires antérieurs.

Tel qu'il a été retenu dans l'affaire *Ford Motor Co. of Canada, Ltd. c. Ontario Municipal Employees Retirement Board*¹⁸⁸, le recours pour oppression existe pour protéger les attentes raisonnables des actionnaires; un recours qui a pour but de remédier à une situation d'abus ne peut être un recours qui donne droit à un actionnaire à quelque chose auquel cet actionnaire ne se serait jamais attendu.

Après avoir pesé le pour et le contre des représentations de chacune de M^{mes} Kwinter et Myron, la Cour d'appel d'Alberta conclut que M^{me} Kwinter avait un droit de bénéficiaire (*beneficial owner*) dans les actions depuis la constitution de la fiducie en 1989. C'est à compter de cette date qu'elle a un intérêt suffisant dans la société Metrowest pour s'attendre raisonnablement à pouvoir remédier à toute situation oppressive. M^{me} Kwinter est, pour cette Cour, une plaignante admissible à réclamer réparation pour toute conduite oppressive survenue depuis qu'elle a un droit de bénéficiaire dans les actions de la société.

Le fait que M^{me} Kwinter avait entamé, en parallèle, une action oblique pour obtenir réparation, ne l'empêchait pas selon la Cour de poursuivre concurremment un recours pour oppression.

M^c P. Martel pense qu'au Québec, en vertu de notre droit civil, le bénéficiaire d'une fiducie ne se qualifierait probablement pas à titre de « demandeur » (la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* fait mention d'un « plaignant »)¹⁸⁹ dans un recours pour « redressement en cas d'abus » selon la *Loi sur les sociétés par actions*, en raison des termes de l'article 1261 C.c.Q.¹⁹⁰ En vertu de cet article du *Code civil du Québec*, le patrimoine du fiduciaire constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du bénéficiaire, sur lequel ce dernier n'a aucun droit réel. Cela est différent de la common law qui parle du bénéficiaire comme d'un « véritable propriétaire » (*beneficial owner*) du modèle fédéral¹⁹¹. Et s'il en est ainsi du

¹⁸⁸ (2004) 41 BLR (3d) 74 SCJ; 79 OR (3d) 81, 12 BLR (4th) 189, par. 122 et 123.

¹⁸⁹ « Plaignant » : art. 238 L.C.S.A.; « Demandeur » : art. 439 L.S.A.

¹⁹⁰ Paul MARTEL, *Loi sur les sociétés par actions – Québec. Loi sur la publicité légale des entreprises*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur Martel ltée, 2011, p. 2, définition de « bénéficiaire ».

¹⁹¹ Par. 2(1) « véritable propriétaire » L.C.S.A.

bénéficiaire, que dire alors d'un simple « postulant »? Mais que le bénéficiaire d'une fiducie québécoise ne jette pas l'éponge trop rapidement. Il reste que le tribunal peut accorder le titre de « demandeur » à « toute autre personne qui, d'après le tribunal, a l'intérêt requis pour présenter une demande en vertu de cette section »¹⁹². Il sera intéressant de suivre la position du tribunal sur cette question, tant en ce qui a trait à un bénéficiaire véritable qu'à un simple postulant, si jamais le tribunal fait effectivement une distinction entre les deux.

Quant aux ordonnances pouvant être obtenues en vertu d'un recours pour oppression, le tribunal dispose d'une batterie impressionnante, pour ne pas dire ahurissante, de pouvoirs¹⁹³. L'ordonnance la plus fréquente découlant d'un recours pour oppression est celle de l'achat par la société ou par « toute autre personne » des actions du plaignant¹⁹⁴.

CONCLUSION

La popularité des fiducies entre vifs discrétionnaires laisse présager une explosion des recours de la part de bénéficiaires mécontents et se sentant lésés, parfois sans motif raisonnable, dans leurs droits au regard à la fiducie. L'auteur du gel aura beau avoir agi en toute bonne foi, selon la recommandation de ses conseillers, lors de la mise en place de la structure de planification successorale (dont les pièces maîtresses sont la compagnie familiale « gelée », le contrôle de l'auteur du gel, la fiducie discrétionnaire « réversible ») il demeure que, malgré les meilleures dispositions, l'auteur du gel ignore l'avenir et peut décevoir les attentes des membres de sa famille.

Ceux-ci pourront alors remettre en question ses agissements à titre d'administrateur de la compagnie familiale ou à titre de fiduciaire de la fiducie de gel.

En principe, l'auteur du gel ne devrait pas encourir de responsabilité en tant qu'actionnaire de la compagnie familiale, étant donné qu'un actionnaire n'est pas tenu d'agir dans l'intérêt de la compagnie et de ses actionnaires,

¹⁹² Art. 439, al. 3 L.S.A. On trouve l'équivalent au paragraphe 238d) L.C.S.A.

¹⁹³ Voir P. MARTEL, précité, note 5, aux paragraphes 31-309 à 31-362. Voir la liste (non exhaustive) des ordonnances que peut rendre le tribunal à l'article 451 L.S.A. ou au paragraphe 241(3) L.C.S.A.

¹⁹⁴ Al. 241(1)f) L.C.S.A.; par. 451 (6^e) L.S.A. Pour une liste plus élaborée des ordonnances que peut prendre le tribunal, voir le paragraphe 241(3) L.C.S.A. et l'article 451 L.S.A.

contrairement à l'administrateur de la compagnie. Par contre, à titre d'actionnaire majoritaire, il aura toutefois la responsabilité de ne pas opprimer la minorité.

Quant à ses responsabilités à titre d'administrateur de la compagnie familiale et de fiduciaire de la fiducie de gel, il sera assujéti, comme tout autre administrateur ou fiduciaire, aux diverses dispositions des lois sur les sociétés du *Code civil du Québec*.

A priori, les administrateurs n'ont pas de devoirs « fiduciaires » envers les actionnaires minoritaires, mais il peut arriver que certains gestes faits directement à leur détriment donnent ouverture à des recours de leur part¹⁹⁵. Il peut arriver que la conduite des administrateurs soit considérée comme violant les « attentes légitimes » ou « raisonnables » de certains actionnaires, et permettre à ceux-ci d'intenter avec succès un « recours pour oppression »¹⁹⁶.

Quant au fiduciaire de la fiducie¹⁹⁷, il doit agir dans le respect de la loi et de l'acte de fiducie; il doit travailler à réaliser l'affectation de la fiducie, dans le meilleur intérêt des bénéficiaires, en les traitant avec impartialité s'ils sont plusieurs. À cela s'ajoute son obligation générale de bonne foi.

Le fait que l'auteur du gel cumule des fonctions n'aggrave pas sa responsabilité de manière exponentielle, mais peut créer un effet domino. Par exemple, dans le cas extrême où l'auteur du gel désirerait mettre fin au gel et « renverser » l'effet de celui-ci, sa décision, à titre de fiduciaire de la fiducie de remettre les actions participatives détenues par la fiducie à lui seul (à titre de bénéficiaire) (dans le cadre d'un « dégel rétroactif »), ou d'échanger les actions participatives détenues par la fiducie en actions non participatives (dans le cadre d'un « dégel non rétroactif »), requerra la participation de l'administrateur de la compagnie familiale pour approuver, soit le transfert des actions (dans le premier cas), soit l'achat de gré à gré des actions participatives et d'émettre en contrepartie des actions non participatives à la fiducie et d'émettre de nouvelles actions participatives à l'auteur du gel (dans le second cas). Et si l'opération nécessitait une modification des statuts, l'auteur du gel participerait alors à cette opération à la fois à titre d'actionnaire (en vertu des actions détenues personnellement par lui dans la

¹⁹⁵ P. MARTEL, précité, note 5, par. 23-219.

¹⁹⁶ *Id.*, par 23-222. Voir la section 5.2. plus haut dans le présent texte.

¹⁹⁷ Art. 7, 1278, 1308, 1309 et 1317 C.c.Q. pour ne mentionner que ceux-là.

compagnie), de fiduciaire (en approuvant pour le compte de la fiducie, elle-même actionnaire de la compagnie, la modification des statuts) et finalement d'administrateur de la compagnie (en approuvant la ou les nouvelles souscriptions d'actions faisant suite à la conversion des actions détenues par la fiducie).

En précisant correctement l'affectation de la fiducie de gel, les « attentes raisonnables » des bénéficiaires de la fiducie risquent d'être réduites en conséquence, et leurs recours s'en trouveront limités d'autant.

Les tribunaux sont très réticents à aller à l'encontre de la « volonté du constituant » de la fiducie. La preuve devra être très convaincante avant que la Cour n'accède à une demande de destitution de fiduciaire.

Dans la majorité des cas, tout se passera bien, l'harmonie familiale sera préservée et les enfants enrichis grâce à la démarche de l'auteur du gel.

Par contre, il y aura des histoires d'horreur. Espérons que celles-ci n'arrêteront pas les parents bien intentionnés de vouloir avantager leurs enfants.

L'ASSOCIATION DE PLANIFICATION FISCALE ET FINANCIÈRE

NATURE ET MISSION DE L'ORGANISME

L'APFF est un organisme à but non lucratif, indépendant et non gouvernemental, dédié à l'avancement et à la diffusion des connaissances ainsi qu'à l'amélioration des compétences de ses membres en matière de fiscalité. L'APFF réunit des professionnels de disciplines diverses, issus de tous les secteurs d'activités de l'économie.

EFFECTIFS

L'APFF regroupe des professionnels issus de différentes disciplines, principalement des comptables, avocats, conseillers en sécurité financière, notaires et planificateurs financiers. De plus, elle répond aux besoins des économistes, administrateurs agréés, conseillers en placement, banquiers et actuaires, de même qu'à ceux de toute personne intéressée directement ou indirectement au domaine de la planification fiscale et financière.

L'APFF compte près de 2 500 membres.

ACTIVITÉS DE FORMATION

L'APFF organise, dans quatre régions administratives du Québec, des séminaires, colloques, symposiums et d'autres conférences, animés par des conférenciers chevronnés, sur toutes les dimensions de la planification fiscale et financière.

L'APFF donne également, à raison de deux sessions par année, des cours en fiscalité (**Impôt des sociétés** – séries 1 et 2; **Planification fiscale et financière des particuliers** – séries 3 et 4; **TPS et TVQ** – série 5; **Fiscalité internationale** – série 6, incluant volumes et service de mise à jour dans chacun des cas). Ces cours sont également offerts en ligne.

En octobre, l'APFF tient son congrès annuel de trois jours, en alternance entre Montréal, Québec et Gatineau.

PUBLICATIONS

L'APFF publie annuellement de nombreux ouvrages couvrant tous les aspects de la planification fiscale, successorale et financière.

Les membres de l'APFF reçoivent électroniquement, depuis 2010, la *Revue de planification fiscale et financière*, le *Livre du Congrès* ainsi que le magazine *Stratège*. Le résumé des budgets des gouvernements du Québec et du Canada est présenté sur le site Internet de l'APFF le lendemain des budgets.

Un bulletin d'information consacré à l'actualité fiscale, le *Flash fiscal*, maintenant compris avec l'adhésion, est publié environ 20 fois par année, habituellement toutes les deux semaines. Des numéros spéciaux paraissent également le lendemain des budgets fédéral et provincial ainsi qu'à l'occasion du congrès annuel.

Toutes les publications de l'APFF, depuis sa fondation, sont également répertoriées dans un recueil intitulé *Liste des publications*.

Depuis octobre 1998, un service d'information fiscale électronique, la *Collection APFF*, est offert sur CD-ROM ou par Internet. Cette collection présente la documentation émise par l'APFF (depuis 1991, les textes des congrès, des colloques, de la *Revue de planification fiscale et financière* et, depuis 2002, les textes du magazine *Stratège* et des cours en fiscalité des séries 3 et 4). La *Collection APFF* comprend un volet « Planification financière, retraite et succession » et un volet « Impôt et taxes ». Quatre mises à jour sont prévues chaque année. La *Collection APFF* est commercialisée par la société Publications CCH ltée et est vendue par abonnement, en communiquant avec un représentant au numéro sans frais 1 800 363-8304.

ADHÉSION

Toute personne qui désire devenir membre de l'APFF peut le faire en se rendant sur le site Internet de l'APFF (www.apff.org).

MEMBRES CORPORATIFS DE L'APFF

L'APFF accueille, à titre de membres corporatifs, près de 70 entreprises provenant de différents secteurs d'activités et ordres professionnels.

Toutes les entreprises désirant participer à l'essor de la planification fiscale et financière peuvent le faire en adhérant à l'APFF par une contribution de **1 300 \$** + taxes annuellement, sous forme de cotisation de membre corporatif, à l'APFF.

SIÈGE SOCIAL DE L'APFF

Le siège social de l'APFF est situé au 1100, boul. René-Lévesque Ouest, bureau 660, Montréal, Québec H3B 4N4

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

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

**L'APFF SE VEUT UN PHARE DE PROGRÈS DANS LE DOMAINE
DE LA PLANIFICATION FISCALE ET FINANCIÈRE POUR
L'ENSEMBLE DE LA COMMUNAUTÉ**

**CONSEIL D'ADMINISTRATION
2012-2013**

Président du conseil

René Roy, avocat, CPA, CA, associé
Fasken Martineau DuMoulin s.e.n.c.r.l., s.r.l.

Vice-président

Alain Ménard, avocat, BA, MBA, associé
Cain Lamarre Casgrain Wells s.e.n.c.r.l./Avocats

Trésorier

Stéphane Leblanc, CPA, CA, associé, fiscalité
Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.

Secrétaire

Martin Lord, avocat, M. Fisc., J.D., TEP, associé, fiscalité
Robinson Sheppard Shapiro s.e.n.c.r.l., Avocats

Président sortant

Maurice Fréchette, CPA, CGA
Power Corporation du Canada

Membres

Annette Beshwaty, CPA, CGA
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.

Éric Brassard, CPA, CA, Pl. Fin., associé
Brassard Goulet Yargeau, Services financiers intégrés

Yves Coallier, B.A.A. Fin. Int'l, M. Fisc., président
GCI inc. | Gallant & Associés s.e.n.c.r.l.

Andrée Couture, BAA, AVA, Pl. Fin., FLMI
Conseils PPI

Benoît Desjardins, CPA, CA, M. Fisc., associé, fiscalité
Samson Bélair/Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l.

Suzanne Landry, Ph. D., M. Fisc., FCPA, FCA, FCMA
HEC Montréal

Bernard Poulin, CPA, CA, M. Fisc., associé, fiscalité
Raymond Chabot Grant Thornton s.e.n.c.r.l.

Diane Tsonos, avocate, TEP, associée, fiscalité
Richter

Président-directeur général

Maurice Mongrain, avocat
APFF

MEMBRES CORPORATIFS APFF

AGENCE DU REVENU DU CANADA

ALMA CONSULTING GROUP CANADA INC.

ASSOCIATION CANADIENNE DES COMPAGNIES D'ASSURANCES
DE PERSONNES INC.

BANQUE LAURENTIENNE DU CANADA

BANQUE NATIONALE GESTION PRIVÉE 1859

BDO CANADA S.R.L./S.E.N.C.R.L.

BELL CANADA

BMO BANQUE PRIVÉE HARRIS

BMO SOCIÉTÉ D'ASSURANCE-VIE

BOILY HANDFIELD, CA

BRASSARD GOULET YARGEAU, SERVICES FINANCIERS
INTÉGRÉS

CANADIEN NATIONAL

CARSWELL, UNE SOCIÉTÉ THOMSON REUTERS

CENTRE QUÉBÉCOIS DE FORMATION EN FISCALITÉ – CQFF INC.

CHAMBRE DE LA SÉCURITÉ FINANCIÈRE

CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC

CIRQUE DU SOLEIL

CONSEILS PPI

DEMERS BEAULNE S.E.N.C.R.L.

DESJARDINS SÉCURITÉ FINANCIÈRE – MONTRÉAL

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

DYNAVISION/RS & DE

ENGEL CHEVALIER – PROTECTION DU PATRIMOINE

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

FASKEN MARTINEAU DUMOULIN S.E.N.C.R.L., S.R.L.

FÉDÉRATION DES CAISSES DESJARDINS DU QUÉBEC

FINANCIÈRE MANUVIE

FINANCIÈRE SUN LIFE

FISC-CAP, SERVICES CONSEILS INC.

FRASER MILNER CASGRAIN S.E.N.C.R.L.

GALLANT & ASSOCIÉS S.E.N.C.R.L.

GAZ MÉTRO

GESTION PLACEMENTS DESJARDINS

GESTION PRIVÉE DE PATRIMOINE CIBC

GROUPE CLOUTIER INC.

GROUPE FINANCIER MULTI COURTAGE INC.

HARDY, NORMAND & ASSOCIÉS, S.E.N.C.R.L.

INDUSTRIELLE ALLIANCE, ASSURANCE ET SERVICES
FINANCIERS INC.

INSTITUT QUÉBÉCOIS DE PLANIFICATION FINANCIÈRE

INTACT CORPORATION FINANCIÈRE

INVESTISSEMENT QUÉBEC

INVESTISSEMENTS MANUVIE

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

LA CAPITALE ASSURANCES MFQ INC.

LA COMPAGNIE D'ASSURANCE DU CANADA SUR LA VIE

LA COOP FÉDÉRÉE

LAVERY

LE GROUPE CSL INC./CANADA STEAMSHIP LINES INC.

LEMIEUX CANTIN S.E.N.C.R.L.

LEMIEUX NOLET, COMPTABLES PROFESSIONNELS AGRÉÉS
S.E.N.C.R.L.

OPTION FORTUNE, CABINET DE SERVICES FINANCIERS

ORDRE DES COMPTABLES PROFESSIONNELS AGRÉÉS DU
QUÉBEC

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

PETRIE RAYMOND, CPA S.E.N.C.R.L.

POWER CORPORATION DU CANADA

PREMTEC – GÉNIE-CONSEIL EN CRÉDITS D'IMPÔT DE RS & DE

PUBLICATIONS CCH LTÉE

PWC

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

RICHARDSON GMP LTÉE

RIO TINTO CANADA

RICHTER

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

SERVICES DE GESTION DE PATRIMOINE RBC/DOMINION
VALEURS MOBILIÈRES

T.E. MIRADOR

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL – DIVISION DES DONS MAJEURS ET
PLANIFIÉS

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