

Revue

de planification fiscale et financière

- Le mandat de perception des taxes à la consommation : confusion trop fréquente du rôle et des obligations des parties!
Christiane Maurice et Martin Gilbert 625
- Affaire *GlaxoSmithKline* : aspects pratiques de la décision de la Cour suprême du Canada
Chantal Roberge 649
- Pot-pourri sur des placements fiscalement avantageux et sur la « requalification » de certains types de revenus
Vincent Cliche 667
- Règles sur les « biens évalués à la valeur du marché » détenus par les institutions financières : comment s'y retrouver
Éric Gélinas 705

Revue

de planification fiscale
et financière

Cette publication doit être citée : (2013), vol. 33, 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

© 2013, 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 2013

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
Faculté d'administration
Université de Sherbrooke

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

Christiane Maurice, avocate, LL.M. fisc.
Richter s.e.n.c.r.l.

Michel Ostiguy, avocat, LL. B., M. Fisc.

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

Hugo Tremblay, CPA, CA
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.

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

Vol. 33, n° 4 • 2013

- **Le mandat de perception des taxes à la consommation : confusion trop fréquente du rôle et des obligations des parties!**
Christiane Maurice et Martin Gilbert 625

 - **Affaire *GlaxoSmithKline* : aspects pratiques de la décision de la Cour suprême du Canada**
Chantal Roberge 649

 - **Pot-pourri sur des placements fiscalement avantageux et sur la « requalification » de certains types de revenus**
Vincent Cliche 667

 - **Règles sur les « biens évalués à la valeur du marché » détenus par les institutions financières : comment s'y retrouver**
Éric Gélinas 705
-

LE MANDAT DE PERCEPTION DES TAXES À LA CONSOMMATION : CONFUSION TROP FRÉQUENTE DU RÔLE ET DES OBLIGATIONS DES PARTIES!



Christiane Maurice
LL. B., LL.M. fisc.
Richter s.e.n.c.r.l.



Martin Gilbert
LL. B.
Richter s.e.n.c.r.l.

PRÉCIS

Depuis un certain temps, le droit des acquéreurs aux crédits de taxe sur les intrants et aux remboursements de la taxe sur les intrants (CTI/RTI) aux fins de la taxe sur les produits et services/taxe de vente harmonisée (TPS/TVH) et aux fins de la taxe de vente du Québec (TVQ) est de plus en plus remis en question par les administrations fiscales, notamment à l'égard des dépenses liées à l'acquisition de services fournis par des agences de placement de personnel. Cette remise en question est officiellement fondée sur le fait que les exigences documentaires ne seraient pas remplies. Toutefois, qu'en est-il lorsque les administrations fiscales remettent en question les CTI/RTI alors que tous les renseignements prescrits ont été obtenus par l'acquéreur, mais que les administrations doutent de la capacité des fournisseurs d'effectuer les fournitures pour lesquelles les taxes ont été payées par l'acquéreur?

Les auteurs mettent en doute cette remise en question d'un point de vue juridique, notamment en raison de la confusion trop fréquente des rôles de chacun. L'évolution des pratiques de vérification des administrations fiscales ainsi que certaines décisions récentes de la Cour canadienne de l'impôt montrent en effet cette confusion des rôles ainsi que des obligations de chacun aux différentes étapes de la fourniture de biens ou de services.

Plus précisément, les auteurs s'interrogent sur la portée du mandat de perception de la TPS/TVH et de la TVQ. Les régimes de TPS/TVH et de TVQ prévoient qu'un fournisseur est mandataire des administrations fiscales uniquement pour la perception de ces taxes lorsqu'il effectue une fourniture taxable. En toute autre circonstance, les entreprises ne sont pas des mandataires des administrations fiscales. Cette distinction a des conséquences importantes sur les obligations de chacun.

Ce texte traite donc des principes de base qui régissent le mandat de perception de la TPS/TVH et de la TVQ en vertu du *Code civil du Québec*, de la *Loi sur la taxe d'accise* et de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*.

ABSTRACT

For some time now, a recipient's right to input tax credits and input tax refunds (ITC/ITR) for goods and services Tax/harmonized sales Tax (GST/HST) purposes and Québec sales tax (QST) purposes has been increasingly challenged by the tax authorities, especially when these ITC/ITR are related to services provided by placement agencies. The technical reason advanced for denying the ITC/ITR is the lack of supporting documentation. But where do we stand when the tax authorities challenge or deny the ITC/ITR on the basis that the service provider does not have sufficient resources to perform the supplies for which GST and QST have been paid by the recipient and this even though all the prescribed information has been obtained by the recipient?

The authors question this approach from a legal point of view, especially as to the too frequent confusion regarding the respective roles and responsibilities of the parties. The evolution of the tax authorities' audit practices and certain recent decisions of the Tax Court of Canada seem to indicate that there is confusion between the roles and responsibilities of the parties at the different stages of a supply of goods or services.

More specifically, the authors question the scope of the GST/HST and QST collection mandate. The GST/HST and QST systems provide that a supplier is an agent only with respect to the collection of these taxes when

performing a taxable supply. In other circumstances, a registrant does not act as an agent for the tax authorities. This distinction may have a significant impact when establishing the respective responsibilities of each of the parties to a transaction.

This article will discuss the basic principles applicable to the GST/HST and QST collection mandate pursuant to the *Civil Code of Québec*, the *Excise Tax Act* and the *Québec Sales Tax Act*.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	629
1. LES RÈGLES DE BASE DU MANDAT	631
1.1. MANDAT AUX FINS DE LA TPS/TVH ET DE LA TVQ.....	631
1.2. ACCEPTATION DU MANDAT.....	633
1.3. EXÉCUTION DU MANDAT – MONTANTS DÉTENUS EN FIDUCIE.....	634
2. OBLIGATIONS DÉCOULANT DU MANDAT	635
2.1. OBLIGATIONS DU MANDATAIRE ENVERS LE MANDANT	636
2.2. OBLIGATIONS DU MANDANT ENVERS LE MANDATAIRE	637
2.3. OBLIGATIONS DU MANDANT ENVERS LES TIERS.....	638
2.4. OBLIGATIONS DU TIERS À TITRE D'ACQUÉREUR.....	641
3. RECOURS DE L'ADMINISTRATION FISCALE	645
3.1. RECOURS EXCLUSIF DU MANDANT À L'ÉGARD DE LA TAXE PERÇUE.....	646
3.2. RECOURS DE NATURE PÉNALE	646
CONCLUSION	647

INTRODUCTION

Les régimes de la taxe sur les produits et services et la taxe de vente harmonisée (« TPS/TVH ») et de la taxe de vente du Québec (« TVQ ») reposent sur les rôles que jouent l'acquéreur de la fourniture, le fournisseur et les administrations fiscales dans le contexte d'une fourniture taxable de biens ou de services, ainsi que sur leurs obligations respectives. Rappelons que ces parties (l'acquéreur de la fourniture, le fournisseur et les administrations fiscales) peuvent également agir par le biais d'intermédiaires ou de représentants autorisés, autrement dit par des mandataires.

Le but d'un régime de taxe sur la valeur ajoutée est d'éviter que les prix des fournitures de biens ou de services comprennent un coût de taxe en cascade jusqu'au consommateur. De façon générale, les personnes inscrites aux régimes qui exercent des activités commerciales peuvent réclamer à titre de crédits de taxe sur les intrants (« CTI ») et de remboursements de la taxe sur les intrants (« RTI ») la TPS/TVH et la TVQ payées à l'égard des dépenses qu'elles ont engagées dans le cadre de leurs activités commerciales.

Il semble que depuis quelques années, le droit aux CTI/RTI des acquéreurs soit de plus en plus remis en question par les administrations fiscales, notamment à l'égard des dépenses liées à l'acquisition de services fournis par des agences de placement de personnel. Cette remise en question est officiellement fondée sur les exigences documentaires qui seraient non remplies. Mais qu'en est-il réellement lorsque les administrations fiscales remettent en question les CTI/RTI alors que tous les renseignements prescrits ont été obtenus par l'acquéreur, mais que les administrations doutent des capacités financières, fiscales et matérielles des fournisseurs d'effectuer les fournitures pour lesquelles les taxes ont été payées par ces acquéreurs?

Nous nous interrogeons sur cette remise en question d'un point de vue juridique, notamment en raison de la confusion trop fréquente des rôles propres à chaque partie. Le comportement des administrations fiscales dans le cadre de plusieurs vérifications en TPS/TVH et TVQ et quelques décisions rendues récemment par la Cour canadienne de l'impôt¹ semblent

¹ *Constructions Marabella Inc. c. La Reine*, 2012 CCI 397; *Modes Crystal Inc. c. La Reine*, 2013 CCI 33; *Comtronic Computer Inc. c. La Reine*, 2010 CCI 55; *Amiante Spec Inc. c. La Reine*, 2008 CCI 89; *9088-2945 Québec Inc. c. La Reine*, 2013 CCI 58; *2411-3250 Québec Inc. c. La Reine*, 2013 CCI 272; *Systematix Technology Consultants Inc. c. La Reine*, 2007 CAF 226.

indiquer que les rôles des parties aux différentes étapes des opérations de fourniture de biens ou de services sont confondus, de même que les obligations de chaque partie à ces opérations.

Plus précisément, nous nous interrogeons sur la portée du mandat de perception de la TPS/TVH et de la TVQ. En effet, les régimes de TPS/TVH et de TVQ prévoient qu'un fournisseur est mandataire seulement en ce qui a trait à la perception de la TPS/TVH et de la TVQ lorsqu'il effectue une fourniture pour laquelle la législation prévoit qu'il doit percevoir la taxe. En toute autre circonstance, les entreprises ne sont pas des mandataires des administrations fiscales. Malheureusement, actuellement, plusieurs utilisent d'emblée le terme « mandataire » pour faire référence aux contribuables de façon générale, peu importe le rôle qu'ils jouent dans l'opération visée et le moment où on y fait référence. Cet emploi erroné du terme « mandataire » crée de la confusion quant aux conséquences qui découlent du non-respect des obligations du mandataire dans le cadre de l'exercice de son mandat de perception et de la responsabilité des tiers acquéreurs face à ce non-respect.

Bien que cette référence puisse sembler anodine au départ, il n'en est rien. En raison de la confusion des rôles de chacune des parties, l'intégrité même des régimes de TPS/TVH et de TVQ est menacée. En effet, il résulte de cette confusion que des acquéreurs se voient refuser leurs CTI/RTI à l'égard de la taxe payée dans le cadre de leurs activités commerciales à des fournisseurs inscrits et dont les numéros d'inscription sont valides selon les informations disponibles sur les sites Internet² des administrations fiscales, et ce, même si les autres exigences documentaires sont respectées.

Dans le cadre du présent texte, nous n'analyserons pas la jurisprudence relative au mandat de perception, ni les positions des administrations fiscales publiées concernant les obligations des inscrits ou les exigences pour réclamer un CTI/RTI. Nous voulons plutôt prendre du recul par rapport à la situation concernant l'application et l'administration actuelle des règles relatives au mandat. Plus précisément, nous voulons revenir aux principes de base régissant le mandat de perception de la TPS/TVH et de la TVQ en vertu

² AGENCE DU REVENU DU CANADA, en ligne : <http://www.cra-arc.gc.ca/esrvc-srvc/tx/bsnss/gsthstrgstry/menu-fra.html>; REVENU QUÉBEC, en ligne : http://www.revenuquebec.ca/fr/sepf/services/sgp_validation_tvq/default.aspx.

du *Code civil du Québec*³, de la *Loi sur la taxe d'accise*⁴ et de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*⁵.

Dans cette optique, nous indiquerons quelles sont les règles législatives de base applicables au mandat de perception de la TPS/TVH et de la TVQ, nous évoquerons les obligations découlant de ce mandat pour chaque partie visée et nous terminerons notre analyse par un survol de quelques recours que peuvent prendre les administrations fiscales à l'encontre des fournisseurs qui ne remplissent pas leurs obligations dans le cadre de l'exécution de leur mandat de perception de la taxe, en leur capacité de mandataire.

Nous tenons à préciser que cette analyse ne vise ni les situations où un acquéreur est partie à un stratagème de quelque nature que ce soit, ni les circonstances où un acquéreur agit de mauvaise foi en ce qui concerne la TPS/TVH et la TVQ payables à l'égard de ses acquisitions. Rappelons cependant qu'au Québec, en vertu de l'article 2805 C.c.Q., la bonne foi se présume toujours, à moins que la loi n'exige expressément de la prouver. Par conséquent, toute personne, y compris l'administration fiscale, qui désire soutenir le contraire doit d'abord renverser cette présomption.

1. LES RÈGLES DE BASE DU MANDAT

Les règles du mandat sont prévues aux articles 2130 et suivants C.c.Q. Selon l'article 2130 C.c.Q., le mandat est le contrat par lequel une personne, le mandant, donne le pouvoir de la représenter dans l'accomplissement d'un acte juridique avec un tiers, à une autre personne, le mandataire, qui, par le fait de son acceptation, s'oblige à l'exercer. En l'absence d'un élément de cette définition, il n'y a pas de mandat.

1.1. MANDAT AUX FINS DE LA TPS/TVH ET DE LA TVQ

Aux fins de la TPS/TVH, Sa Majesté du chef du Canada⁶ et, aux fins de la TVQ, Revenu Québec⁷ donnent chacun expressément le pouvoir aux

³ L.Q. 1991, c. 64 (« C.c.Q. »).

⁴ L.R.C. 1985, ch. E-15 et mod. (« L.T.A. »).

⁵ L.R.Q., c. T-0.1 et mod. (« L.T.V.Q. »).

⁶ Rappelons qu'au Québec, les pouvoirs d'administration de la TPS par l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») sont exercés par l'Agence du revenu du Québec en vertu de l'*Entente relative à l'administration par le Québec de la Partie IX de la Loi sur la taxe d'accise* (L.R.C. 1985, ch. E-15) *concernant la taxe sur les produits et services*, (à suivre...)

fournisseurs de les représenter lors de la perception de la TPS/TVH et de la TVQ (acte juridique) auprès des acquéreurs de fournitures taxables (les tiers). En effet, la *Loi sur la taxe d'accise* et la *Loi sur la taxe de vente du Québec* prévoient expressément qu'une personne agit à titre de mandataire respectivement de Sa Majesté du chef du Canada et de Revenu Québec lorsqu'elle perçoit les taxes au nom de celles-ci à l'égard d'une fourniture qu'elle effectue au profit d'un acquéreur.

Aux fins de la TPS/TVH, le paragraphe 221(1) L.T.A. énonce ce qui suit :

« 221.(1) La personne qui effectue une fourniture taxable doit, à titre de mandataire de Sa Majesté du chef du Canada, percevoir la taxe payable par l'acquéreur en vertu de la section II. » (Notre soulignement)

Aux fins de la TVQ, le premier alinéa de l'article 442 L.T.V.Q. prévoit ce qui suit :

« 422. Toute personne qui effectue une fourniture taxable doit, à titre de mandataire du ministre [du Revenu], percevoir la taxe payable par l'acquéreur en vertu de l'article 16 à l'égard de cette fourniture. » (Notre soulignement)

Ainsi, une personne agit à titre de mandataire des administrations fiscales uniquement à l'égard de la perception des taxes. Elle n'agit pas à ce titre lorsqu'elle paie les taxes à ses fournisseurs à titre d'acquéreur ni lorsqu'elle réclame ses CTI/RTI.

Le tableau ci-dessous décrit les rôles des parties en ce qui a trait au mandat de perception de la TPS/TVH et de la TVQ à l'égard d'une fourniture taxable selon les principes applicables en vertu du *Code civil du Québec*, de la *Loi sur la taxe d'accise* et de la *Loi sur la taxe de vente du Québec* :

(...suite)

conclue entre le gouvernement du Canada et le gouvernement du Québec le 26 avril 1991 et modifiée par la suite.

⁷ Les fonctions et pouvoirs du ministre du Revenu du Québec sont exercés par l'Agence du revenu du Québec (Revenu Québec) selon la *Loi sur l'Agence du revenu du Québec*, L.R.Q., c. A-7.003, art. 7 et 8.

RÔLE	PARTIE
Mandant	Administration fiscale (Revenu Québec et ARC, selon le cas)
Mandataire	Fournisseur ou intermédiaire ou représentant autorisé du fournisseur (« fournisseur »)
Tiers	Acquéreur ou intermédiaire ou représentant autorisé de l'acquéreur (« acquéreur »)
Acte juridique – mandat	Percevoir la taxe sur les fournitures taxables effectuées

Notons que le mandat de perception est le seul mandat prévu par la *Loi sur la taxe d'accise* et par la *Loi sur la taxe de vente du Québec* où une administration fiscale donne aux fournisseurs le pouvoir de la représenter dans l'accomplissement d'un acte juridique avec un tiers acquéreur, l'acte juridique étant la perception de la taxe payable par l'acquéreur à l'égard de cette fourniture.

1.2. ACCEPTATION DU MANDAT

La définition même du mandat veut que le mandataire accepte le mandat. L'article 2132 C.c.Q. prévoit que l'acceptation du mandat est expresse ou tacite. Elle est tacite lorsqu'elle s'induit des actes et même du silence du mandataire.

Aux fins de la TPS/TVH et de la TVQ, l'acceptation du mandat est imposée directement par la *Loi sur la taxe d'accise* et par la *Loi sur la taxe de vente du Québec*. Une personne qui effectue une fourniture taxable doit percevoir les taxes payables à titre de mandataire. Ainsi, dès qu'une personne effectue une fourniture taxable à l'égard de laquelle elle doit percevoir les taxes, elle accepte tacitement le mandat de représenter les administrations fiscales dans l'acte juridique de perception de ces taxes auprès des acquéreurs.

De plus, lorsqu'une personne présente une demande d'inscription au registre de la TPS/TVH et au fichier de la TVQ, elle pose un geste qui confirme son acceptation de rôle de mandataire à l'égard des fournitures taxables qu'elle effectuera. Elle accepte également de devoir se conformer aux autres obligations qui lui sont imposées par la *Loi sur la taxe d'accise* et par la *Loi sur la taxe de vente du Québec*. Par contre, nous tenons à préciser qu'une personne est mandataire lorsqu'elle effectue une fourniture taxable et doit percevoir les taxes au nom de l'administration fiscale, et ce, qu'elle ait

ou non un numéro d'inscription (par exemple, lors de certaines ventes d'immeubles).

1.3. EXÉCUTION DU MANDAT – MONTANTS DÉTENUS EN FIDUCIE

L'exécution du mandat de perception doit se faire conformément aux exigences législatives. La *Loi sur la taxe d'accise* et la *Loi sur l'administration fiscale*⁸ du Québec prévoient notamment que les montants de taxe perçus par les fournisseurs sont réputés être détenus en fiducie pour le compte de Sa Majesté du chef du Canada et pour le compte de l'État du Québec respectivement, autrement dit à titre de mandataire pour le compte de l'administration fiscale.

Ainsi, le paragraphe 222(1) L.T.A. établit ceci :

« 222.(1) La personne qui perçoit un montant au titre de la taxe prévue à la section II est réputée, à toutes fins utiles et malgré tout droit en garantie le concernant, le détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, séparé de ses propres biens et des biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l'absence du droit en garantie, seraient ceux de la personne, jusqu'à ce qu'il soit versé au receveur général ou retiré en application du paragraphe (2). » (Notre soulignement)

En ce qui a trait à la TVQ, l'article 20 L.A.F. prévoit ce qui suit :

« 20. Toute personne qui déduit, retient ou perçoit un montant quelconque en vertu d'une loi fiscale est réputée le détenir en fiducie pour l'État, séparé de son patrimoine et de ses propres fonds, et en vue de le verser à l'État selon les modalités et dans le délai prévus par une loi fiscale. » (Notre soulignement)

Précisons toutefois que ces deux lois prévoient aussi que ces personnes peuvent déduire des montants détenus en fiducie des montants de CTI/RTI ou d'autres montants déductibles dans le calcul de la taxe nette.

En effet, le paragraphe 222(2) L.T.A. édicte ceci :

« 222.(2) La personne qui détient une taxe ou des montants en fiducie en application du paragraphe (1) peut retirer les montants suivants du total des fonds ainsi détenus :

a) le crédit de taxe sur les intrants qu'elle demande dans une déclaration produite aux termes de la présente section pour sa période de déclaration;

⁸ L.R.Q., c. A-6.002 (« L.A.F. »).

b) le montant qu'elle peut déduire dans le calcul de sa taxe nette pour sa période de déclaration.

Ce retrait se fait lors de la présentation au ministre de la déclaration aux termes de la présente section pour la période de déclaration au cours de laquelle le crédit est demandé ou le montant déduit. » (Notre soulignement)

Le troisième alinéa de l'article 20 L.A.F. va dans le même sens en énonçant ceci :

« Toutefois, cette personne peut, lors de la production au ministre d'une déclaration en vertu des articles 468 ou 470 de la Loi sur la taxe de vente du Québec (chapitre T-0.1), retirer du montant total qu'elle est réputée par le premier alinéa détenir en fiducie pour l'État, les montants qu'elle a droit de déduire et qu'elle a effectivement déduits dans le calcul de son montant à remettre. » (Notre soulignement)

À la lecture des articles 222 L.T.A. et 20 L.A.F., nous constatons que les montants de taxe perçus à titre de fournisseur et les montants pouvant être déduits dans le calcul de la taxe nette⁹ des contribuables ne sont pas de la même nature.

Ainsi, les montants déduits par un contribuable dans le calcul de sa taxe nette, dont les CTI/RTI, ne sont pas déduits par celui-ci en tant que mandataire de l'administration fiscale. Seuls les montants de taxe perçus par le contribuable alors qu'il agit à titre de fournisseur sont perçus par celui-ci en tant que mandataire de l'administration fiscale.

2. OBLIGATIONS DÉCOULANT DU MANDAT

Lorsqu'un mandat est accepté, comme pour l'ensemble des contrats en droit civil, plusieurs obligations en découlent. Ainsi, diverses obligations sont imposées à chacune des parties visées en fonction de ses relations avec les autres parties. La présente section souligne les obligations suivantes :

- les obligations du mandataire envers le mandant;
- les obligations du mandant envers le mandataire;
- les obligations du mandant envers les tiers;

⁹ Art. 225 et suiv. L.T.A.; art. 428 et suiv. L.T.V.Q.

- les obligations du tiers à titre d'acquéreur.

Les principes de base de ces obligations sont prévus par le *Code civil du Québec*. La *Loi sur la taxe d'accise* et la *Loi sur la taxe de vente du Québec* précisent les caractéristiques propres aux taxes de vente.

2.1. OBLIGATIONS DU MANDATAIRE ENVERS LE MANDANT

Une personne qui effectue une fourniture taxable et qui est tenue de percevoir la taxe à titre de mandataire de l'administration fiscale est également redevable à titre de mandataire envers celle-ci, son mandant, de certaines obligations.

L'article 2138 C.c.Q. prévoit que le mandataire est tenu d'accomplir le mandat qu'il a accepté et qu'il doit, dans l'exécution de son mandat, agir avec prudence et diligence. Il doit également agir avec honnêteté et loyauté dans le meilleur intérêt du mandant et éviter de se placer dans une situation de conflit entre son intérêt personnel et celui de son mandant.

De plus, l'article 2139 C.c.Q. prévoit que le mandataire est tenu, au cours du mandat et à la demande du mandant ou lorsque les circonstances le justifient, de l'informer de l'état d'exécution du mandat. Le *Code civil du Québec* va même jusqu'à dire que le mandataire doit, sans délai, faire savoir au mandant qu'il a accompli son mandat.

Si nous transposons ces principes de base au mandat de perception de la TPS/TVH et de la TVQ, nous concluons que le fournisseur doit percevoir les taxes avec prudence et diligence. De plus, puisqu'il doit agir avec honnêteté et loyauté dans le meilleur intérêt de l'administration fiscale, nous croyons qu'il doit rendre compte de ses activités, ce qui est fait lors de la production de ses déclarations, et remettre les taxes perçues à titre de mandataire conformément à ses obligations d'exécution du mandat. Dans l'éventualité où il conserverait les montants perçus, il se placerait dans une situation de conflit entre son intérêt personnel et celui de l'administration fiscale.

Quant à son devoir d'information de l'exécution du mandat, nous pensons que ce devoir est rempli lorsque le contribuable calcule la taxe nette en fonction de sa période de déclaration, qu'il produit les déclarations voulues et qu'il remet les montants de taxe nette payable avec ses déclarations.

Comme c'est le cas pour toute obligation, le non-respect de celle-ci engage la responsabilité du mandataire envers son mandant. Ainsi, c'est le

fournisseur qui engage sa responsabilité face à l'administration fiscale eu égard à l'exécution de son mandat de perception. Le tiers acquéreur n'est pas concerné par cette obligation liant le mandant à son mandataire et ne devrait pas être visé par des mesures prises par l'administration fiscale (le mandant) à l'encontre d'un fournisseur (le mandataire) pour des actions commises par ce dernier dans l'exécution de son mandat de perception (sauf, évidemment, lorsqu'il y a saisie en main tierce).

2.2. OBLIGATIONS DU MANDANT ENVERS LE MANDATAIRE

La relation mandant-mandataire est une relation bipartite. Les deux parties ont des obligations l'une envers l'autre. L'administration fiscale a elle aussi des obligations envers ses mandataires relativement aux actes posés par ces derniers dans le cadre du mandat visant la perception des taxes.

La principale obligation imposée par l'article 2149 C.c.Q. est la suivante : le mandant est tenu de coopérer avec le mandataire de manière à favoriser l'accomplissement du mandat.

Les administrations fiscales ont certes mis en place un service à la clientèle avec une ligne téléphonique et rendent disponibles plusieurs informations dans leurs publications, notamment sur Internet¹⁰, et elles offrent également un service d'interprétations techniques. Nous nous demandons toutefois si ces mesures sont suffisantes pour considérer qu'elles respectent leur obligation de collaboration avec leurs mandataires afin que ces derniers se conforment aux exigences de la loi. Cette obligation de collaboration ne devrait-elle pas surtout se refléter dans les processus et méthodes de vérification adoptés par l'administration fiscale?

Soulignons que Revenu Québec est parfois considéré comme un leader mondial dans ses méthodes de vérification ou dans ses démarches visant à favoriser le respect de la loi. Prenons l'exemple des modules d'enregistrement des ventes dans le domaine de la restauration¹¹. Ces modules permettent de récupérer des sommes importantes correspondant aux

¹⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, en ligne : <http://www.cra-arc.gc.ca/formspubs/menu-fra.html>; REVENU QUÉBEC, en ligne : <http://www.revenuquebec.ca/fr/sepf/default.aspx>.

¹¹ Depuis le 1^{er} novembre 2011 (en ligne : http://www.revenuquebec.ca/fr/a-propos/evasion_fiscale/restauration/); REVENU QUÉBEC, *Communiqué de presse*, « Invitation aux représentants des médias – Modules d'enregistrement des ventes obligatoires dès le 1^{er} novembre », 28 octobre 2011.

taxes qui sont perçues et qui doivent être remises à l'administration fiscale. Nous ne pouvons qu'encourager Revenu Québec dans cette démarche, dans la mesure où elle respecte ses obligations envers ses mandataires en les guidant de façon adéquate afin de leur permettre de percevoir les taxes correctement. Cette collaboration est d'autant plus nécessaire que les règles applicables sont devenues plus complexes.

2.3. OBLIGATIONS DU MANDANT ENVERS LES TIERS

En plus de ses obligations envers ses mandataires, l'administration fiscale a aussi des obligations à titre de mandant envers les tiers, c'est-à-dire envers les acquéreurs qui paient la taxe aux fournisseurs mandataires de l'administration fiscale. En effet, l'article 2160 C.c.Q. prévoit expressément que le mandant est tenu envers le tiers pour les actes accomplis par le mandataire dans l'exécution et les limites du mandat.

En vertu de l'article 2160 C.c.Q., l'administration fiscale est donc responsable envers le tiers acquéreur de la fourniture, pour les actes accomplis par le fournisseur inscrit dans l'exécution et les limites de son mandat de perception des taxes. Ainsi, au moment où l'acquéreur paie les taxes, le fournisseur inscrit agit dans l'exécution et les limites de son mandat en les percevant.

L'administration fiscale est responsable des actes posés par ses mandataires quant à la perception des taxes. Nous nous permettons d'insister sur cette obligation de l'administration fiscale, car cette responsabilité semble avoir été ignorée ou, à tout le moins, sous-utilisée par la communauté fiscale lorsque vient le moment de déterminer le droit aux CTI/RTI d'un contribuable qui a payé la TPS/TVH et la TVQ à un fournisseur qui est par ailleurs dûment inscrit au registre de la TPS/TVH et au fichier de la TVQ.

Conformément aux articles 169 L.T.A. et 199 L.T.V.Q., lorsqu'un acquéreur a payé les taxes lors de l'acquisition d'un bien ou d'un service dans le cadre de ses activités commerciales, il peut réclamer des CTI/RTI s'il respecte les exigences documentaires. Dans ces circonstances, quelle serait la base du refus par l'administration fiscale d'accorder des CTI/RTI au tiers qui a payé les taxes au fournisseur mandataire de l'administration fiscale? C'est l'administration fiscale qui est responsable des actes posés par son mandataire. Actuellement, les méthodes de vérification retenues par l'administration fiscale dans plusieurs dossiers semblent plutôt laisser croire que ce sont les tiers acquéreurs qui sont responsables envers l'administration fiscale des actes posés par les fournisseurs dans l'exécution de leur mandat

de perception, notamment lorsque ces fournisseurs font défaut de remettre les taxes perçues à titre de mandataires de l'administration fiscale. Cette position dénature les régimes de valeur ajoutée de la TPS/TVH et de la TVQ.

De plus, dans la mesure où l'administration fiscale désire limiter ses obligations envers les tiers, ne doit-elle pas informer les acquéreurs que certains fournisseurs ne sont plus ses mandataires? Cette information n'est-elle pas particulièrement requise si l'administration fiscale a l'intention de refuser les CTI/RTI à l'acquéreur à l'égard des taxes qu'il a payées aux mandataires de l'administration fiscale? Nous pensons que ce devoir d'information aurait comme fondement l'article 2163 C.c.Q. Cet article prévoit que celui qui a laissé croire qu'une personne était son mandataire est tenu, comme s'il y avait eu mandat, envers le tiers qui a contracté de bonne foi avec celle-ci, à moins qu'il n'ait pris des mesures appropriées pour prévenir l'erreur dans des circonstances qui la rendaient prévisible.

Ainsi, lorsque les numéros d'inscription des fournisseurs ne sont pas annulés, l'administration fiscale ne laisse-t-elle pas croire aux tiers de bonne foi que le mandat de perception est en vigueur? Notons que hormis les registres servant à vérifier la validité des numéros d'inscription sur les sites Internet de l'ARC et de Revenu Québec, un acquéreur ne dispose généralement pas d'autre information et n'a surtout aucun pouvoir d'enquête pour confirmer si le fournisseur agit ou non à titre de mandataire de l'administration fiscale. Les tiers n'ont pas accès au dossier fiscal de leurs fournisseurs, ni à leurs comptes d'électricité, de téléphone ou autre. Au minimum, une mesure appropriée serait pour l'administration fiscale de publiciser la révocation ou l'annulation des inscriptions. Elle devrait également veiller, lorsqu'elle refuse des CTI/RTI à un acquéreur en raison du non-respect de la loi par un de ses mandataires, à annuler les numéros d'inscription de ces mandataires rapidement et à diffuser cette décision auprès de la communauté fiscale. Il est permis de se demander ce qui peut justifier que des numéros d'inscription de certains fournisseurs mandataires demeurent en vigueur pendant les longues périodes où ces mandataires n'ont produit aucune déclaration de taxes.

À cet effet, il y a lieu de noter que les paragraphes 240(1) et 240(3) L.T.A. ainsi que les articles 407 et 411 L.T.V.Q. exigent qu'une personne exerce des activités commerciales au Canada ou au Québec afin d'être inscrite au registre de la TPS/TVH ou au fichier de la TVQ. Compte tenu de cette exigence, il nous semble justifié pour un acquéreur qui obtient des numéros d'inscription valides de la part d'un fournisseur, de présumer que le fournisseur en question exerce effectivement des activités commerciales.

Nous ne voyons aucune disposition pouvant justifier que l'administration fiscale impose un fardeau additionnel à l'acquéreur.

De plus, l'article 2164 C.c.Q. prévoit que le mandant (l'administration fiscale) répond du préjudice causé par la faute du mandataire dans l'exécution de son mandat, à moins qu'il ne prouve, lorsque le mandataire n'était pas son préposé, qu'il n'aurait pas pu empêcher le dommage. Est-ce qu'actuellement toutes les mesures sont prises pour empêcher que les tiers ne subissent de préjudice?

Ainsi, peut-on conclure que l'administration fiscale est responsable envers les acquéreurs qui se voient refuser leurs CTI/RTI en raison du comportement fautif des fournisseurs mandataires dans le cadre de l'exécution de leur mandat de perception des taxes?

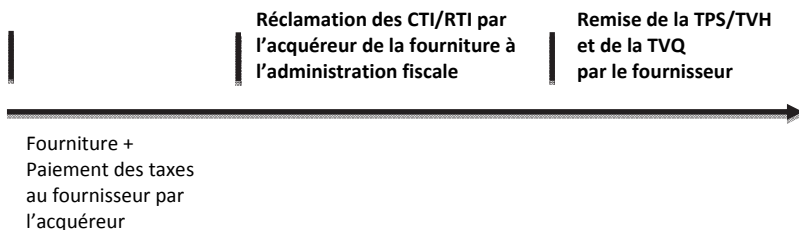
À l'heure actuelle, dans plusieurs dossiers, les administrations fiscales tiennent le tiers acquéreur comme responsable d'actions posées par leur propre mandataire après la perception des taxes.

Or, après avoir payé les taxes aux mandataires des administrations fiscales, le tiers n'est plus concerné et n'a aucun contrôle ni droit de regard sur ces montants perçus par les mandataires. De plus, le *Code civil du Québec*, la *Loi sur la taxe d'accise* et la *Loi sur la taxe de vente du Québec* ne donnent aucun moyen au tiers de forcer le fournisseur à remettre à l'administration fiscale les taxes perçues. On peut bien sûr prévoir une clause à cet effet dans les contrats conclus entre le fournisseur et l'acquéreur, mais une telle clause ne serait d'aucune utilité à l'acquéreur lors d'une vérification effectuée par l'administration fiscale.

Certains praticiens, de concert avec des acquéreurs, ont voulu développer la pratique d'émettre les chèques de paiement des taxes conjointement à l'ordre du fournisseur et à l'ordre de l'administration fiscale, mais la validité de cette pratique n'a pas été reconnue par l'administration fiscale. De plus, soulignons que les administrations fiscales ne semblent pas avoir exigé d'explication de la part des institutions financières qui ont permis l'encaissement de tels chèques par le fournisseur alors que ces chèques n'avaient pas été endossés par une personne autorisée de Revenu Québec.

Compte tenu de ce qui précède, il y a lieu de s'interroger sur l'obligation qu'a Revenu Québec envers le tiers acquéreur. Le graphique ci-après illustre les moments consécutifs mais bien distincts des principales étapes d'une

opération de fourniture taxable entre un acquéreur et un fournisseur ayant des périodes de déclarations différentes :



Ce graphique montre que les différentes étapes sont séparées dans le temps et ne doivent pas se confondre comme s'il s'agissait d'un tout. Les obligations respectives de chacun ne sont pas les mêmes envers toutes les parties visées et ne se créent pas nécessairement de façon simultanée.

2.4. OBLIGATIONS DU TIERS À TITRE D'ACQUÉREUR

Lors d'une fourniture taxable, le tiers acquéreur s'engage envers son fournisseur à acquérir un bien ou un service et, généralement, à en payer la contrepartie. Le tiers acquéreur est alors tenu de payer les taxes applicables sur la fourniture à l'administration fiscale.

En effet, le paragraphe 165(1) L.T.A. prévoit ce qui suit :

« **165.**(1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, l'acquéreur d'une fourniture taxable effectuée au Canada est tenu de payer à Sa Majesté du chef du Canada une taxe calculée au taux de 5 % sur la valeur de la contrepartie de la fourniture. »

L'article 16 L.T.V.Q. prévoit quant à lui ceci :

« **16.** Tout acquéreur d'une fourniture taxable effectuée au Québec doit payer au ministre du Revenu une taxe à l'égard de la fourniture calculée au taux de 9,975 % sur la valeur de la contrepartie de la fourniture. »

Comme il a été mentionné ci-dessus, Sa Majesté du chef du Canada et Revenu Québec confient aux fournisseurs le mandat de percevoir les taxes pour leur compte. Dans la mesure où les tiers acquéreurs paient la taxe aux fournisseurs mandataires de l'administration fiscale, quel est donc le fondement juridique pour refuser les CTI/RTI lorsque les numéros d'inscription des fournisseurs sont valides, que les noms sur la documentation sont complets, que la date et le montant des taxes sont

indiqués correctement et que la description de la fourniture est précisée dans la documentation? Les tiers acquéreurs n'ont aucunement failli à leurs obligations tant envers le fournisseur qu'envers l'administration fiscale. Au contraire, ces tiers ont obtenu les informations nécessaires à la réclamation des CTI/RTI et doivent pouvoir récupérer les taxes payées au fournisseur agissant à titre de mandataire des administrations fiscales.

L'article 222 L.T.A. prévoit qu'une personne qui perçoit un montant au titre de la taxe est réputée le détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada. L'article 225 L.T.A. prévoit qu'un montant perçu par une personne au titre de la taxe doit être comptabilisé dans le calcul de la taxe nette.

L'article 261 L.T.A. prévoit aussi le remboursement d'un montant payé par erreur :

« 261.(1) Dans le cas où une personne paie un montant au titre de la taxe, de la taxe nette, des pénalités, des intérêts ou d'une autre obligation selon la présente partie alors qu'elle n'avait pas à le payer ou à le verser, ou paie un tel montant qui est pris en compte à ce titre, le ministre [du Revenu national] lui rembourse le montant, indépendamment du fait qu'il ait été payé par erreur ou autrement. »

L'article 400 L.T.V.Q. est au même effet : Revenu Québec doit rembourser un tel montant payé par erreur.

Dans l'éventualité où les CTI/RTI sont refusés au motif que les montants facturés par le fournisseur ne sont pas des montants de taxe, l'acquéreur devrait avoir le droit de demander un remboursement en vertu des articles 261 L.T.A. et 400 L.T.V.Q.

Compte tenu du fait que l'article 225 L.T.A. donne à l'administration fiscale le pouvoir de percevoir des fournisseurs de tels montants, refuser de rembourser ces montants à l'acquéreur comme prévu à l'article 261 L.T.A. crée une situation inéquitable.

Nous trouvons particulièrement intéressant de noter que, contrairement à ce que nous observons concernant le droit aux CTI/RTI à l'égard des taxes payées, les tiers de bonne foi sont généralement protégés par les différents régimes de droit. En effet, non seulement la bonne foi se présume au Québec, mais la *Loi sur les sociétés par actions*¹² prévoit plusieurs

¹² L.R.Q., c. S-31.1.

présomptions au bénéfice du tiers de bonne foi. Voici quelques-unes de ces présomptions :

« 12. Les tiers ne sont pas présumés avoir connaissance des informations contenues dans un document relatif à la société, autres que celles visées à l'article 98 de la Loi sur la publicité légale des entreprises (chapitre P-44.1), du seul fait de son dépôt au registre des entreprises ou du fait que ce document peut être consulté dans les bureaux de la société.

13. Les tiers peuvent présumer :

1° que la société exerce ses pouvoirs conformément aux statuts, au règlement intérieur et à toute convention unanime des actionnaires;

2° que les documents déposés au registre des entreprises concernant la société contiennent des informations véridiques;

3° que les administrateurs et les dirigeants de la société occupent valablement leurs postes et exercent légalement les pouvoirs qui s'y rattachent;

4° que les documents de la société provenant de l'un de ses administrateurs, ou de l'un de ses dirigeants ou autres mandataires, sont valides.

14. Les dispositions des articles 12 et 13 ne s'appliquent pas aux tiers de mauvaise foi, ni aux personnes qui, en raison de leurs fonctions au sein de la société ou de leurs relations avec celle-ci, auraient dû avoir une connaissance contraire aux présomptions qui y sont établies.

15. La société est, à l'égard des tiers, réputée exercer ses activités dans les limites imposées, le cas échéant, par ses statuts. » (Notre soulignement)

À titre d'information, l'article 98 de la *Loi sur la publicité légale des entreprises*¹³ se lit ainsi :

« 98. Sont opposables aux tiers à compter de la date où elles sont inscrites à l'état des informations et font preuve de leur contenu en faveur des tiers de bonne foi les informations suivantes relatives à l'assujetti:

1° le nom de l'assujetti et, s'il a déjà été immatriculé, son numéro d'entreprise du Québec;

2° tout autre nom qu'il utilise au Québec et sous lequel il s'identifie;

¹³ L.R.Q., c. P-44.1.

3° la forme juridique qu'il emprunte en précisant la loi en vertu de laquelle il est constitué;

4° son domicile;

5° le domicile qu'il élit avec mention du nom de la personne qu'il mandate pour recevoir les documents, aux fins de l'application de la présente loi;

6° les nom et domicile de chaque administrateur en mentionnant la fonction qu'il occupe ou, si tous les pouvoirs ont été retirés au conseil d'administration par une convention unanime des actionnaires conclue en vertu d'une loi du Québec ou d'une autre autorité législative du Canada, les nom et domicile des actionnaires ou des tiers qui assument ces pouvoirs;

7° la date de l'entrée en fonction des personnes visées aux paragraphes 6° et 10° et, s'il y a lieu, la date de la fin de leur charge;

8° les nom et domicile du président, du secrétaire et du principal dirigeant, lorsqu'ils ne sont pas membres du conseil d'administration, avec mention des fonctions qu'ils occupent;

9° les nom et adresse de son fondé de pouvoir;

10° les nom, adresse et qualité de la personne qui agit à titre d'administrateur du bien d'autrui;

11° l'adresse des établissements qu'il possède au Québec;

12° les nom et domicile de chaque associé avec mention qu'aucune autre personne ne fait partie de la société de personnes ou, s'il s'agit d'une société en commandite, les nom et domicile de chaque commandité ainsi que ceux des trois commanditaires ayant fourni le plus grand apport;

13° l'objet poursuivi par la société de personnes;

14° le nom de l'État, de la province ou du territoire où il a été constitué et la date de sa constitution;

15° le nom de l'État, de la province ou du territoire où la fusion ou la scission dont la personne morale est issue s'est réalisée, la date de cette fusion ou scission ainsi que les nom, domicile et numéro d'entreprise du Québec de toute personne morale partie à cette fusion ou scission;

16° la date de sa continuation ou de toute autre transformation.

Les tiers peuvent, par tout moyen, contredire les informations contenues dans un document qui est produit au registraire ou lui est transféré en application d'une entente conclue conformément à l'un des articles 117 ou 118.

Toutefois, l'assujéti dont l'immatriculation a été radiée d'office ne peut mettre en question les informations qu'il a déclarées et qui sont contenues à l'état des informations. » (Notre soulignement)

De plus, il convient de noter qu'aucune disposition législative ne prévoit d'obligation du tiers acquéreur quant à la perception de la taxe. **Il n'est aucunement solidairement responsable avec le mandataire de la perception ou de la remise des taxes perçues.**

Enfin, il n'existe aucune obligation (dans une disposition législative ou dans une politique administrative) qui impose à un acquéreur d'effectuer des recherches commerciales concernant ses fournisseurs (par exemple la vérification de l'emplacement de leurs bureaux) avant de faire affaire avec eux. L'administration fiscale elle-même ne fait généralement pas de telles recherches avant de reconnaître un fournisseur comme un mandataire et de lui attribuer un numéro d'inscription. De plus, considérant que le fournisseur peut agir par l'entremise d'un intermédiaire et ne pas avoir d'établissement, exiger de telles recherches de la part des acquéreurs, et ce, pour chaque fournisseur avec lequel il fait affaire représenterait un fardeau additionnel, non prévu par la législation et démesuré dans plusieurs circonstances.

Par conséquent, il nous apparaît pour le moins surprenant de voir une certaine tendance des tribunaux et des administrations fiscales à exiger que les acquéreurs fassent preuve de diligence raisonnable à l'endroit de leurs fournisseurs alors que cette obligation n'apparaît ni dans le *Code civil du Québec*, ni dans la *Loi sur la taxe d'accise*, ni dans la *Loi sur la taxe de vente du Québec*.

L'obligation de diligence prévue à l'article 2138 C.c.Q. est imposée à la personne qui est mandataire. Il y a donc lieu de faire une distinction entre les situations où une personne agit à titre de mandataire (à savoir lorsqu'elle perçoit la taxe) et les situations où elle n'agit pas à ce titre (à savoir lorsqu'elle paie la taxe à titre d'acquéreur à son fournisseur).

3. RECOURS DE L'ADMINISTRATION FISCALE

Différents recours sont prévus par les régimes fiscaux lorsque les parties visées dans une opération de fourniture taxable ne respectent pas leurs obligations respectives. Plus précisément, les recours pour défaut de respecter les obligations découlant du mandat de perception des taxes doivent tous être exercés par l'État.

3.1. RECOURS EXCLUSIF DU MANDANT À L'ÉGARD DE LA TAXE PERÇUE

Depuis 2010, la *Loi sur la taxe d'accise* prévoit un recours exclusif à l'État canadien (Sa Majesté du chef du Canada) d'intenter une action ou une procédure contre une personne à l'égard de la taxe perçue. Ce droit exclusif est prévu à l'article 224.1 L.T.A. et se lit ainsi :

« **224.1** Seule Sa Majesté du chef du Canada peut intenter une action ou une procédure contre une personne pour avoir perçu un montant au titre de la taxe en conformité, réelle ou intentionnelle, avec la présente partie. » (Notre soulignement)

Il est intéressant de constater que cette disposition prévoit que l'action ne peut être intentée ou la procédure prise que par Sa Majesté du chef du Canada. Ainsi, les tiers ne peuvent utiliser cette disposition afin de forcer le fournisseur à remettre à l'administration fiscale la taxe qu'ils ont payée au fournisseur.

3.2. RECOURS DE NATURE PÉNALE

La *Loi sur la taxe d'accise* et la *Loi sur l'administration fiscale* prévoient des recours de nature pénale à l'encontre des personnes qui, volontairement, font défaut de payer, de percevoir ou de verser la TPS/TVH et la TVQ respectivement. Ces recours existent que la personne soit en défaut à titre de mandataire ou autrement.

En effet, le paragraphe 329(1) L.T.A. prévoit une amende et éventuellement un emprisonnement pour l'infraction suivante :

« **329.**(1) Toute personne qui, volontairement, ne paie pas, ne perçoit pas ou ne verse pas la taxe ou la taxe nette en application de la présente partie ou selon les modalités de temps ou autres qu'elle prévoit commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et outre toute pénalité ou tous intérêts prévus par ailleurs :

a) soit une amende maximale égale au total de 1 000 \$ et d'un montant correspondant à 20 % de la taxe ou taxe nette qui aurait dû être payée, perçue ou versée;

b) soit une telle amende et un emprisonnement maximal de six mois. »

L'article 59.4 L.A.F. prévoit une très forte pénalité, imposable par Revenu Québec, dans le cas suivant :

« 59.4 Quiconque, volontairement, élude ou tente d'éluder le paiement, la perception ou la remise d'un montant prévu par une loi fiscale, encourt une pénalité de 50 % du montant dont il a ainsi éludé ou tenté d'éluder le paiement, la perception ou la remise. »

Les recours prévus par ces dispositions s'adressent respectivement à l'État du Canada et à Revenu Québec. Là encore, un tiers acquéreur n'est pas autorisé à s'en servir contre son fournisseur.

Nous tenons à souligner que ces dispositions ne permettent pas à l'administration fiscale d'imposer une pénalité à un tiers acquéreur à l'égard d'un montant de taxe déjà payée par celui-ci à un fournisseur mandataire de l'administration fiscale. Malheureusement, l'administration fiscale, lors de certaines vérifications, semble vouloir considérer que si les taxes ne lui ont pas été remises par les fournisseurs mandataires, elles ne peuvent être déduites dans le calcul de la taxe nette de l'acquéreur à titre de CTI/RTI, et l'administration fiscale impose malgré tout des pénalités aux tiers acquéreurs.

CONCLUSION

Cette revue des règles de base applicables au mandat de perception de la TPS/TVH et de la TVQ et des obligations des parties visées dans une opération de fourniture taxable montre que les rôles des parties doivent être bien compris et appliqués afin d'éviter d'imposer des obligations aux tiers acquéreurs sans fondement juridique.

Cette revue nous a notamment permis de souligner que les administrations fiscales sont responsables envers les acquéreurs des actes posés par les fournisseurs dans l'exécution du mandat de perception des taxes qui leur est confié, et que, par conséquent, c'est aux administrations fiscales à voir à ce que des recours soient exercés contre les fournisseurs qui ne respectent pas leurs obligations de mandataires.

Étant donné ce qui précède, il est opportun de nous interroger sur les fondements juridiques du refus des administrations fiscales d'octroyer des CTI/RTI à des acquéreurs qui ont payé la TPS/TVH et la TVQ à des fournisseurs dont les numéros d'inscription étaient valides selon les registres consultés sur les sites Internet de l'ARC et de Revenu Québec au moment où ces taxes ont été payées, lorsque les autres exigences prescrites pour réclamer des CTI/RTI ont par ailleurs été remplies. Refuser les CTI/RTI à des acquéreurs dans ces circonstances a pour effet de considérer les tiers de bonne foi comme des assureurs des administrations fiscales dans le cadre des régimes de la TPS/TVH et de la TVQ.

Bien sûr, le but du présent article n'est pas de réduire l'importance qui doit être accordée au recouvrement des taxes perçues par les fournisseurs à titre de mandataires des administrations fiscales. Nous voulons plutôt que le refus des CTI/RTI ne soit plus la solution utilisée en toute circonstance par les administrations fiscales lorsque leurs mandataires font défaut d'exécuter leur mandat selon les règles prévues par la loi et en conformité avec les obligations qui leur incombent.

Nous espérons que ce texte suscitera une réflexion sur la déresponsabilisation apparente des administrations fiscales lorsqu'elles accordent des numéros d'inscription et qu'il permettra d'éviter qu'à l'avenir les administrations fiscales reprochent aux tiers acquéreurs de ne pas avoir fait de recherches sur les capacités financières, humaines et matérielles des fournisseurs avec lesquels ils font affaire!

AFFAIRE *GLAXOSMITHKLINE* : ASPECTS PRATIQUES DE LA DÉCISION DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA

Chantal Roberge
Avocate, LL.M. fisc.
Ministère de la Justice du Canada

PRÉCIS

La première décision de la Cour suprême du Canada en matière de prix de transfert, *Canada c. GlaxoSmithKline Inc.*, permet de constater l'importance relative des méthodes de détermination des prix de pleine concurrence en droit fiscal canadien. Rendue le 18 octobre 2012, la décision de la Cour suprême montre que les méthodes de détermination de prix de transfert fondées sur des indicateurs de profit seront particulièrement utiles dans les situations où des opérations directement comparables entre parties indépendantes se font rares, compte tenu de toutes les circonstances économiques pertinentes. À cet égard, la Cour suprême renvoie largement aux Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert, non seulement ceux de 1979 mais également ceux de 1995, et laisse également la porte ouverte à l'utilisation d'« autres méthodes » de détermination d'un prix de pleine concurrence.

ABSTRACT

The first decision of the Supreme Court of Canada on transfer pricing issues, *Canada v. GlaxoSmithKline Inc.*, allows us to observe the relative importance of the various methods for the determination of arm's length transfer prices in Canadian tax law. Rendered on October 18, 2012, the Supreme Court decision shows that profit-based methods may be particularly useful in cases where directly comparable transactions between unrelated parties, taking into account all the relevant economic circumstances, are all-but-inexistent. In that respect, the Supreme Court largely refers to the OECD Transfer Pricing Guidelines, not only those of 1979 but also those of 1995, and also leaves the door open to the use of "other methods" for the determination of arm's length transfer prices.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	653
1. FAITS PERTINENTS	654
2. CIRCONSTANCES ÉCONOMIQUES	655
2.1. CRITÈRE DE PERTINENCE	658
3. PORTRAIT RÉALISTE DES PROFITS	659
3.1. IMPORTANCE DES MÉTHODES FONDÉES SUR LES PROFITS.....	661
4. RÉPARTITION ENTRE REDEVANCES ET PRIX D’ACHAT	662
5. RÔLE DES PRINCIPES DE L’OCDE EN DROIT FISCAL CANADIEN	664
CONCLUSION	665

INTRODUCTION*

Les prix de transfert, domaine spécialisé du droit fiscal visant les échanges commerciaux entre des entités membres d'une entreprise multinationale, ont suivi de près les phénomènes de mondialisation et d'expansion des entreprises. L'énoncé de principe à la base du consensus entre les pays membres de l'Organisation de coopération et de développement économiques (« OCDE »)¹ est relativement simple : il s'agit d'établir un prix (taux de redevance, rémunération, etc.) qui reflète celui que des parties traitant à distance auraient conclu dans des circonstances similaires².

En pratique, l'application du principe de pleine concurrence est particulièrement mise à l'épreuve pour les opérations commerciales à l'égard desquelles les comparables se font rares. La décision *Canada c. GlaxoSmithKline Inc.*³, rendue par la Cour suprême du Canada le 18 octobre 2012, illustre fort bien cette problématique et la complexité sous-jacente à sa résolution. Avant de renvoyer l'affaire à la Cour canadienne de l'impôt pour que celle-ci réexamine la question, la Cour suprême a toutefois reconnu

* Le présent article reprend la présentation faite aux membres du Barreau de Montréal lors du Colloque annuel des Cours fédérales le 7 mai 2013. L'auteure remercie tout particulièrement M^e Guy Laperrière pour ses judicieux conseils relativement à la rédaction de cet article. Les opinions exprimées dans ce texte reflètent celles de l'auteure et ne représentent pas nécessairement les positions du ministère de la Justice ou de l'Agence du revenu du Canada.

¹ Établie en 1961, l'OCDE compte actuellement 34 pays membres : Allemagne, Australie, Autriche, Belgique, Canada, Chili, Corée, Danemark, Espagne, Estonie, États-Unis, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Islande, Israël, Italie, Japon, Luxembourg, Mexique, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République slovaque, République tchèque, Royaume-Uni, Slovénie, Suède, Suisse, Turquie.

² ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, Paris, 2010 (« Modèles de Convention fiscale »), art. 9. Les principes révisés de l'OCDE en la matière se retrouvaient dans les *Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*, Paris, 1995 (« Principes de l'OCDE de 1995 »), et se retrouvent maintenant dans les *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*, Paris, 2010 (« Principes de l'OCDE de 2010 »).

³ [2012] 3 R.C.S. 3 (« *GlaxoSmithKline C.S.C.* »).

certains principes qui permettent déjà d'établir quelques balises utiles à la conduite de litiges en cette matière.

Notamment, la Cour suprême dans l'arrêt *GlaxoSmithKline* adopte les deux principes importants suivants en matière de prix de transfert :

- 1) la nécessité de tenir compte de toutes les circonstances pertinentes avant d'effectuer des comparaisons;
- 2) l'importance d'établir un prix qui permette d'obtenir un portrait global réaliste des profits des parties impliquées.

La Cour suprême aborde également le problème additionnel de répartition entre divers types de paiements, problème qui découle du traitement fiscal différent de chacun. Après une brève revue des faits pertinents, les principes adoptés par la Cour suprême et leurs conséquences pratiques pour la conduite de litige en matière de prix de transfert seront examinés.

1. FAITS PERTINENTS

De 1990 à 1993, GlaxoSmithKline Inc. (« Glaxo Canada ») a acheté de la ranitidine, l'ingrédient pharmaceutique actif du médicament antiulcéreux Zantac, auprès d'Adechsa S.A., société de distribution du groupe Glaxo basée en Suisse. Cette ranitidine était fabriquée à Singapour par une autre société du groupe Glaxo⁴. Les prix payés par Glaxo Canada étaient substantiellement plus élevés que ceux payés par des sociétés pharmaceutiques génériques canadiennes à leurs fournisseurs indépendants, pour le même ingrédient actif⁵.

En vertu d'un contrat distinct du contrat d'approvisionnement conclu avec Adescha S.A., Glaxo Canada était titulaire d'une licence sur le brevet

⁴ *Id.*, par. 4.

⁵ Pour Apotex Inc. et Novopharm Ltd., les deux sociétés génériques en question, les prix se situaient entre 194 \$ et 304 \$ le kilogramme, tandis que pour Glaxo Canada, les prix variaient entre 1 512 \$ et 1 651 \$ le kilogramme : *GlaxoSmithKline C.S.C.*, précité, note 3, par. 4. Apotex Inc. et Novopharm Ltd. exerçaient les activités de commercialisation de leurs versions génériques respectives du médicament Zantac en vertu du système de licences obligatoires alors en vigueur au Canada. Ce régime a été abrogé en 1993 par la *Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets*, L.C. 1993, ch. 2.

canadien et sur la marque de commerce Zantac, détenus par Glaxo Group Limited, l'actionnaire de Glaxo Canada situé au Royaume-Uni⁶.

En vertu de la version alors applicable du paragraphe 69(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁷, le ministre du Revenu national a établi de nouvelles cotisations à l'égard de Glaxo Canada pour les années d'imposition 1990 à 1993. Ces nouvelles cotisations reposaient sur la prémisse que les prix payés par Glaxo Canada pour se procurer de la ranitidine auprès d'un fournisseur avec lequel elle avait un lien de dépendance étaient plus élevés que ceux qui auraient été raisonnables dans les circonstances si les parties n'avaient pas eu ce lien de dépendance⁸.

2. CIRCONSTANCES ÉCONOMIQUES

En vertu de l'ancien paragraphe 69(2) L.I.R., le tribunal devait déterminer, quant à une opération entre un contribuable et une personne non résidente avec laquelle celui-ci a un lien de dépendance, le montant « qui aurait été raisonnable dans les circonstances si la personne non-résidente et le contribuable n'avaient eu aucun lien de dépendance » (notre soulignement).

La détermination des circonstances à prendre en considération dans le cadre de cette analyse était décisive pour l'affaire *GlaxoSmithKline*. Les positions des parties sur ce point, inchangées tout au long des procédures, étaient diamétralement opposées. Selon Glaxo Canada, le tribunal devait examiner ensemble les contrats d'approvisionnement et de licence⁹. Puisque son modèle commercial et la situation de son entreprise différaient de ceux des sociétés génériques, Glaxo Canada était d'avis que les achats de ranitidine effectués par ces dernières ne constituaient pas des opérations comparables¹⁰.

⁶ *GlaxoSmithKline C.S.C.*, précité, note 3, par. 6.

⁷ L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) et mod. (« L.I.R. »). En 1998, le paragraphe 69(2) L.I.R. a été abrogé et remplacé par le paragraphe 247(2) L.I.R. : *Loi de 1997 modifiant l'impôt sur le revenu*, L.C. 1998, ch. 19.

⁸ *GlaxoSmithKline C.S.C.*, précité, note 3, par. 2.

⁹ *GlaxoSmithKline Inc. c. La Reine*, 2008 CCI 324 (« *GlaxoSmithKline C.C.I.* »), par. 68, 70 et 72.

¹⁰ *Id.*, par. 8.

Le ministre du Revenu national soutenait au contraire que les contrats d'approvisionnement et de licence devaient, en vertu du principe établi par la Cour suprême dans l'arrêt *Singleton c. Canada*¹¹, être examinés séparément¹². Dans l'arrêt *Singleton*, rendu en matière de déductibilité des intérêts, la Cour suprême a en effet conclu que chaque opération commerciale doit être examinée de façon indépendante¹³. Par conséquent, le ministre était d'avis que les prix payés par les sociétés génériques pour l'achat de ranitidine constituaient, en application de la méthode du prix comparable sur le marché libre, des prix de pleine concurrence pour l'achat de ranitidine par Glaxo Canada¹⁴.

En première instance, la Cour canadienne de l'impôt a refusé de tenir compte du contrat de licence qui accordait à Glaxo Canada des droits sur le brevet et la marque de commerce Zantac, parce qu'elle s'estimait liée par l'arrêt *Singleton* de la Cour suprême¹⁵.

Toutefois, la Cour suprême note que les arrêts *Singleton* et *Shell Canada Ltée c. Canada*¹⁶ portent tous deux sur l'application du sous-alinéa 20(1)c(i) L.I.R. et que la seule question en litige était celle de savoir si l'argent emprunté avait été « utilisé en vue de tirer un revenu »¹⁷.

La Cour ajoute que cette question est fort différente de celles que doit se poser le tribunal en vertu du paragraphe 69(2) L.I.R., tant en ce qui a trait à la nécessité d'effectuer des comparaisons pour décider du caractère raisonnable du prix de transfert qu'à celle de tenir compte des circonstances afin d'effectuer des comparaisons valables¹⁸.

De l'avis de la Cour suprême, l'application du paragraphe 69(2) L.I.R. « suppose nécessairement l'examen de toutes les circonstances relatives au contribuable canadien qui sont pertinentes à l'égard du prix payé par ce

¹¹ [2001] 2 R.C.S. 1046 (« *Singleton* »).

¹² *GlaxoSmithKline C.C.I.*, précité, note 9, par. 67, 70 et 72.

¹³ Voir *GlaxoSmithKline C.S.C.*, précité, note 3, par. 12.

¹⁴ *GlaxoSmithKline C.C.I.*, précité, note 9, par. 4.

¹⁵ *Id.*, par. 72-78.

¹⁶ [1999] 3 R.C.S. 622 (« *Shell* »).

¹⁷ *GlaxoSmithKline C.S.C.*, précité, note 3, par. 33.

¹⁸ *Id.*, par. 35.

dernier au fournisseur non-résident »¹⁹. La Cour ajoute que, si d'autres opérations sont pertinentes à l'égard du prix payé, on doit de même en tenir compte²⁰. Les conclusions des arrêts *Singleton* et *Shell* ne sont donc pas applicables à une analyse de prix de transfert effectuée en vertu du paragraphe 69(2) L.I.R.²¹

En arrivant à cette conclusion, la Cour suprême renvoie également aux Principes de l'OCDE de 1995²². Ces principes recommandent l'application du principe de pleine concurrence transaction par transaction, du moins en théorie²³. En pratique, les principes reconnaissent toutefois que très souvent, des transactions distinctes sont si étroitement liées qu'il ne sera pas possible de se prononcer correctement sans les prendre en compte dans leur ensemble²⁴.

Dans un premier temps, la Cour suprême confirme donc la conclusion de la Cour d'appel fédérale que la Cour canadienne de l'impôt a commis une erreur de droit en décidant qu'elle n'était pas autorisée à tenir compte du contrat de licence²⁵.

Dans un deuxième temps, la Cour suprême confirme aussi les conclusions de la Cour d'appel fédérale sur la pertinence du contrat de licence pour déterminer le prix d'achat de la ranitidine. Non seulement le juge de la Cour canadienne de l'impôt pouvait en tenir compte, il devait en tenir compte et son omission de le faire constitue une erreur qui l'a mené à conclure que les prix de l'ingrédient pharmaceutique actif acheté par les sociétés génériques étaient comparables aux prix de la ranitidine achetée par Glaxo Canada²⁶.

¹⁹ *Id.*, par. 44.

²⁰ *Id.*, par. 35.

²¹ *Id.*, par. 35 et 38.

²² *Id.*, par. 39 et 40; Principes de l'OCDE de 1995, précité, note 2.

²³ Principes de l'OCDE de 1995, précité, note 2, par. 1.42.

²⁴ *Id.*

²⁵ *GlaxoSmithKline C.S.C.*, précité, note 3, par. 43.

²⁶ *Id.*, par. 53.

2.1. CRITÈRE DE PERTINENCE

Le critère que la Cour suprême retient pour décider si une opération distincte doit être prise en compte dans l'établissement d'un prix de pleine concurrence est celui de l'incidence sur le prix de transfert en cause²⁷.

Dans l'affaire *GlaxoSmithKline*, la Cour détermine un tel lien dans une clause de la licence en vertu de laquelle Glaxo Canada devait s'approvisionner en ranitidine auprès d'une source préapprouvée par le groupe Glaxo. Le bénéfice des droits et avantages conférés par le contrat de licence dépendait de la signature d'un contrat de fourniture auprès d'un fournisseur désigné²⁸.

La Cour commente que ce type de modalité contractuelle ne résulte pas du lien de dépendance entre les parties mais plutôt du contrôle exercé par le groupe Glaxo sur le brevet et la marque de commerce Zantac. Un distributeur sans lien de dépendance aurait donc pu être assujéti à la même obligation²⁹.

Pour décider de la pertinence du contrat de licence dans la détermination du prix de pleine concurrence de la ranitidine, la Cour s'appuie également sur un élément qui relève davantage du lien de dépendance entre les parties.

En effet, la Cour suprême affirme que le tribunal ne pouvait faire abstraction de la licence dans le cadre de son analyse de prix de transfert, parce que les prix payés à Adescha S.A. visaient en partie à compenser le groupe Glaxo pour au moins certains des droits et avantages conférés à Glaxo Canada par le contrat de licence³⁰. Les droits et avantages auxquels la Cour renvoie à cet égard incluent notamment l'accès garanti à de nouveaux produits, le droit d'être approvisionnée en matières premières et produits en vrac, l'appui à la commercialisation et l'assistance technique pour établir de nouvelles gammes de produits, qui « revêtent tous une certaine valeur »³¹.

²⁷ *Id.*, par. 48.

²⁸ *Id.*, par. 49.

²⁹ *Id.*, par. 47.

³⁰ *Id.*, par. 51.

³¹ *Id.*, par. 58. La Cour spécifie par ailleurs qu'elle ne se prononce pas sur la question de savoir si les droits sur la marque de commerce Zantac et le brevet de la ranitidine sont liés ou non au prix d'achat payé par Glaxo Canada à Adechsa S.A. : *id.*, par. 57.

Ce faisant, la Cour suprême semble appuyer indirectement les conclusions de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans *Canada c. Capital Général Électrique du Canada*³², où la Cour a affirmé que la détermination d'un prix de transfert nécessite la prise en considération de toutes les circonstances qui ont une influence sur le prix, que ces circonstances découlent de la relation entre les parties ou d'autres facteurs³³.

Mettant finalement l'accent sur le contexte et la réalité commerciale dans lesquels une opération s'inscrit³⁴, la Cour suprême conclut que des comparaisons entre les opérations d'achat de la ranitidine par Glaxo Canada et des opérations effectuées dans une situation de libre concurrence pourront être effectuées « uniquement après avoir dégagé les circonstances relatives au contrat de licence qui peuvent être rattachées au contrat de fourniture »³⁵.

3. PORTRAIT RÉALISTE DES PROFITS

Cela dit, le problème de détermination du prix de transfert demeure entier. D'emblée, les motifs de la Cour suprême en matière de comparabilité soulignent la difficulté de trouver des opérations entre parties sans lien de dépendance et à l'égard desquelles les circonstances correspondent le plus possible à celles de Glaxo Canada pour l'acquisition de la ranitidine³⁶.

La rareté des comparables découle de la nature même de l'industrie pharmaceutique. La décision de former une société de fabrication secondaire et de distribution de médicaments telle que Glaxo Canada³⁷ fait souvent

³² 2010 CAF 344 (« *Capital Général Électrique* »). Cette décision a été rendue le 15 décembre 2010, quelques mois après la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *GlaxoSmithKline* (26 juillet 2010) : *GlaxoSmithKline Inc. c. Canada*, 2010 CAF 201 (« *GlaxoSmithKline C.A.F.* »).

³³ *Capital Général Électrique*, précité, note 32, par. 54. Voir aussi *Alberta Printed Circuits Ltd. c. La Reine*, 2011 CCI 232, par. 160.

³⁴ *GlaxoSmithKline C.S.C.*, précité, note 3, par. 45. Voir aussi *GlaxoSmithKline C.A.F.*, précité, note 32, par. 74 et 76.

³⁵ *GlaxoSmithKline C.S.C.*, précité, note 3, par. 60.

³⁶ *Id.*, par. 19.

³⁷ Mentionnons au passage une certaine ambiguïté au paragraphe 45 des motifs de la Cour suprême, où seule l'activité de fabrication de Glaxo Canada devrait normalement être qualifiée de « secondaire ». Voir à cet égard la décision de la Cour canadienne de l'impôt, précité, note 9, par. 130, ainsi que celle de la Cour d'appel fédérale, précité, note 32, par. 16.

partie d'une stratégie d'affaires qui vise à maximiser les profits d'un groupe pharmaceutique, en considérant les coûts importants associés à la recherche et au marketing ainsi que le potentiel de profits de nouveaux médicaments prometteurs, souvent appelés « joyaux de la Couronne ».

Afin de déterminer un prix de pleine concurrence qui tienne compte des « modalités du contrat de licence ainsi que [d]es droits et [...] avantages conférés à Glaxo Canada par ce contrat », la Cour suprême propose donc, dans un premier temps, un examen corrélatif des deux contrats, de manière à « brosser un tableau réaliste des bénéfices réalisés par Glaxo Canada »³⁸. Ce tableau réaliste des profits devra tenir compte des fonctions respectives exercées par les parties et des ressources et risques inhérents à ces fonctions³⁹.

La Cour suprême paraît ainsi affirmer qu'un acheteur sans lien de dépendance aurait tenu compte du profit anticipé de la distribution de Zantac dans son évaluation du prix qu'il serait prêt à payer pour l'acquisition de l'ingrédient actif. La Cour renvoie notamment à certains éléments de preuve qui tendent à indiquer que des distributeurs du médicament Zantac sans lien de dépendance avec le groupe Glaxo avaient estimé dans leur intérêt de se procurer la ranitidine auprès du groupe. De l'avis de la Cour, cela donne à penser que des prix plus élevés que ceux payés par les sociétés génériques ne sont pas forcément supérieurs au montant raisonnable visé au paragraphe 69(2) L.I.R.⁴⁰

L'objectif de l'examen corrélatif des deux contrats est défini par la Cour suprême comme consistant à « déterminer ce qu'un acheteur sans lien de dépendance paierait à la fois pour le bien et pour de tels droits et avantages lorsqu'il existe un lien entre ceux-ci et le prix payé pour le bien en question »⁴¹. Pour une application pratique de ce principe, la Cour suprême renvoie de façon générale aux méthodes proposées par l'OCDE et ouvre également la porte à l'utilisation de « toute autre méthode »⁴².

³⁸ *GlaxoSmithKline C.S.C.*, précité, note 3, par. 52, 54 et 62.

³⁹ *Id.*, par. 52 et 62.

⁴⁰ *Id.*, par. 64.

⁴¹ *Id.*, par. 44.

⁴² *Id.*, par. 60.

3.1. IMPORTANCE DES MÉTHODES FONDÉES SUR LES PROFITS

Les directives de la Cour suprême concernant l'utilisation des méthodes de prix de transfert s'inscrivent dans la foulée des changements récents apportés aux Principes de l'OCDE quant à l'importance relative des méthodes fondées sur les profits, ainsi qu'à la position de l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») à cet égard.

En effet, les Principes de l'OCDE de 1995 établissaient une hiérarchie stricte dans l'application des méthodes, favorisant l'utilisation de la méthode du prix comparable sur le marché libre, suivie des méthodes fondées sur des marges brutes et finalement des méthodes transactionnelles de bénéfices, où l'on effectue notamment des comparaisons à partir d'un indicateur de bénéfice net.

En juillet 2010, à peu près au moment où la décision de la Cour d'appel fédérale dans *GlaxoSmithKline* était rendue, une révision des Principes de l'OCDE a été publiée⁴³. Dans les Principes de 2010, l'OCDE abandonne cette hiérarchie stricte des méthodes en faveur d'un processus de sélection de la méthode la plus appropriée dans les circonstances d'un cas particulier, notamment en fonction de la qualité des données comparables disponibles⁴⁴.

Or, l'utilité des indices de profitabilité pour la détermination d'un prix de pleine concurrence s'accroît particulièrement dans les situations où des opérations directement comparables sur le marché libre sont peu courantes⁴⁵, surtout si l'on tient compte des différences entre les divers marchés géographiques.

Sur ce point, les statistiques portant sur les méthodes utilisées dans le cadre des arrangements préalables en matière de prix de transfert entre l'ARC et certains contribuables démontrent une nette prédominance des méthodes fondées sur les marges nettes⁴⁶. Ce phénomène est observé dans

⁴³ Principes de l'OCDE de 2010, précité, note 2.

⁴⁴ *Id.*, par. 2.2.

⁴⁵ *Id.*, par. 2.5.

⁴⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Arrangement préalable en matière de prix de transfert – Rapport de programme* :

- 2009-2010 : 45 % marges nettes, 22 % partage des bénéfices;
- 2010-2011 : 43 % marges nettes, 23 % marges brutes
(en ligne : http://www.cra-arc.gc.ca/tx/nrdsnts/cmp/p_rprt11-fra.pdf);

plusieurs autres pays, tant pour les arrangements préalables que pour les discussions entre autorités compétentes⁴⁷.

Le 31 octobre 2012, l'ARC a confirmé son appui à la version 2010 des Principes de l'OCDE aux fins de l'application des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* relatives aux prix de transfert, incluant l'abandon de la hiérarchie stricte des méthodes :

« Pour l'ARC, ces changements n'entraînent pas un recul ferme de la hiérarchie naturelle, mais réorientent le sujet sur ce qui est vraiment pertinent, à savoir le degré de comparabilité disponible selon chacune des méthodes, et la disponibilité et la fiabilité des données⁴⁸. »

4. RÉPARTITION ENTRE REDEVANCES ET PRIX D'ACHAT

À supposer que la rémunération de pleine concurrence de Glaxo Canada soit ainsi déterminée à l'aide des méthodes de profits, une question demeure cependant, à savoir la répartition entre le prix d'achat de l'ingrédient actif et la contrepartie pour les droits conférés par la licence.

Ce problème de répartition du prix en est davantage un d'application du droit fiscal interne, portant sur la retenue que doit effectuer un contribuable canadien sur tout paiement semblable à une redevance qu'il fait à un non-résident, en vue d'utiliser ou d'obtenir des droits sur des brevets et marques de commerce⁴⁹.

Les Principes de l'OCDE contiennent peu d'indications utiles à sa résolution. Dans les cas où des opérations distinctes sont étroitement liées,

(...suite)

- 2011-2012 : 45 % marges nettes, 22 % marges brutes
(en ligne : http://www.cra-arc.gc.ca/tx/nnrstdnts/cmp/p_rprt12-fra.pdf).

⁴⁷ « Seminar E: Profit methods and the arm's length principle », dans *67th IFA Congress, News*, International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD), 2013.

⁴⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Note de service sur les prix de transfert* PTM 14, « Mise à jour 2010 sur les Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert », 31 octobre 2012 (en ligne : <http://www.cra-arc.gc.ca/tx/nnrstdnts/cmmn/trns/tpm14-fra.html>).

⁴⁹ Al. 212(1d) et par. 215(1) L.I.R.

les principes auxquels renvoie la Cour suprême recommandent d'abord de traiter les opérations liées comme un tout⁵⁰.

Lorsque des raisons d'ordre fiscal autres que la question des prix de transfert obligent à une répartition du prix total, les Principes de l'OCDE de 1995 soulignent que la détermination des prix de transfert dans une optique globale peut encore être justifiée, ce que la Cour suprême a accepté dans l'arrêt *GlaxoSmithKline*⁵¹. Les Principes de l'OCDE mentionnent également que tant l'évaluation globale que la répartition subséquente doivent être examinées comme s'il s'agissait d'arrangements similaires entre entreprises indépendantes⁵².

La Cour suprême ne tire pas de conclusion définitive sur la question de savoir si les droits découlant du brevet sur la ranitidine et sur la marque de commerce Zantac sont liés ou non au prix effectivement payé par Glaxo Canada pour l'ingrédient actif⁵³. Si c'était le cas, elle commente toutefois que la position de Glaxo Canada devrait être compatible avec cette conclusion en ce qui a trait à la retenue fiscale sur les paiements de redevances⁵⁴.

En confirmant la décision de la Cour d'appel fédérale de renvoyer l'affaire à la Cour canadienne de l'impôt pour réexamen de l'affaire, la Cour suprême invite les parties à débattre pleinement de cette question. On doit noter que les actes de procédure de Glaxo Canada n'invoquaient pas les dispositions fiscales sur la retenue et que cette question n'a pas été explicitement débattue devant la Cour suprême⁵⁵.

La Cour suprême invite également la Cour canadienne de l'impôt à examiner les nouveaux éléments de preuve que les parties demanderont à lui

⁵⁰ *GlaxoSmithKline C.S.C.*, précité, note 3, par. 39 et 40; Principes de l'OCDE de 1995, précité, note 2, par. 1.42.

⁵¹ Principes de l'OCDE de 1995, précité, note 2, par. 1.44.

⁵² *Id.*

⁵³ *GlaxoSmithKline C.S.C.*, précité, note 3, par. 57.

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ *Id.*, par. 56-57; *GlaxoSmithKline C.A.F.*, précité, note 32, par. 65 et 84.

présenter et qu'elle voudra recevoir sur ces questions, ce qui avait déjà été mentionné par la Cour d'appel fédérale⁵⁶.

5. RÔLE DES PRINCIPES DE L'OCDE EN DROIT FISCAL CANADIEN

La Cour suprême mentionne que, de façon générale les Principes de l'OCDE en matière de prix de transfert n'ont pas la même force contraignante qu'une loi canadienne et qu'en dernière analyse, le critère à appliquer en droit fiscal canadien est celui établi en vertu du paragraphe 69(2) L.I.R.⁵⁷

Toutefois, la Cour renvoie largement aux Principes de l'OCDE et leur accorde un poids important, reconnaissant que le paragraphe 69(2) L.I.R. ne donne pas d'indications sur la façon de déterminer le montant raisonnable qui aurait été payé si les parties n'avaient eu aucun lien de dépendance⁵⁸.

Il est intéressant de noter que le paragraphe 247(2) L.I.R., c'est-à-dire la disposition sur les prix de transfert qui s'applique aux années d'imposition et exercices commençant après 1997, accorde également un poids important aux Principes de l'OCDE en droit fiscal canadien. Le sommaire de la *Loi de 1997 modifiant l'impôt sur le revenu*⁵⁹ publié dans la *Gazette du Canada* indique en effet que cette loi modificative « [m]et en œuvre, en conformité avec les principes révisés de l'Organisation de coopération et de développement économiques en matière de prix de transfert, un régime fondé explicitement sur le principe de la pleine concurrence » (notre soulignement)⁶⁰.

⁵⁶ *GlaxoSmithKline C.S.C.*, précité, note 3, par. 76; *GlaxoSmithKline C.A.F.*, précité, note 32, par. 83.

⁵⁷ *GlaxoSmithKline C.S.C.*, précité, note 3, par. 20.

⁵⁸ *Id.*, par. 20-21. Voir aussi PRICEWATERHOUSECOOPERS, Memo No. 2012-37, Tax memo – Canadian tax updates, « Supreme Court of Canada releases decision in GlaxoSmithKline transfer pricing case », 18 octobre 2012 (en ligne : <http://www.pwc.com/ca/en/tax-memo/supreme-court-canada-releases-decision-glaxosmithkline-transfer-pricing-case.jhtml>).

⁵⁹ Précité, note 7.

⁶⁰ *Loi de 1997 modifiant l'impôt sur le revenu*, (1998), vol. 21, n° 2, *Gazette du Canada III*, Sommaire, par. 3. Voir également Sébastien GINGRAS, « Les nouvelles règles canadiennes relatives aux prix de transfert », (1998), vol. 20, n° 1 *Revue de planification fiscale et successorale* 121-146, p. 127.

Autre point digne de mention, la Cour suprême dans l'arrêt *GlaxoSmithKline* renvoie davantage aux Principes de l'OCDE de 1995 qu'à ceux de 1979⁶¹, bien que les faits pertinents de l'affaire *GlaxoSmithKline* se soient produits entre 1990 et 1993. À notre avis, la Cour ouvre ainsi la porte à ce que les tribunaux et les fiscalistes se réfèrent aux révisions successives des principes de l'OCDE afin de résoudre les problèmes de prix de transfert résultant d'opérations présentant un degré élevé de complexité.

CONCLUSION

La Cour suprême du Canada souscrit à la conclusion de la Cour d'appel fédérale selon laquelle « la somme qui aurait été raisonnable dans les circonstances » si *Glaxo Canada* et *Adescha S.A.* n'avaient pas eu de lien de dépendance reste à déterminer⁶².

Comme la détermination d'un prix de transfert n'est pas une science exacte, la Cour suprême affirme que les tribunaux devront exercer un jugement éclairé pour établir un prix de pleine concurrence satisfaisant⁶³. Ce jugement éclairé pourra s'exercer à l'aide d'un ensemble de considérations relatives aux méthodes reconnues par l'OCDE ou à d'autres méthodes⁶⁴.

En pratique, on doit parfois se tourner vers des outils de mesure propres à un secteur économique particulier afin de déterminer un prix de pleine concurrence. Au-delà des experts en économie et prix de transfert que l'on fera témoigner devant le tribunal, le recours à des experts de l'industrie peut rapidement se faire sentir. Pour les procureurs au dossier et pour le tribunal, l'analyse demande alors l'acquisition rapide de connaissances du fonctionnement de cette industrie.

⁶¹ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Prix de transfert et entreprises multinationales : Rapport du Comité des affaires fiscales de l'OCDE*, Paris, OCDE, 1979. Les Principes de l'OCDE de 1995 sont une révision des principes de 1979 : *GlaxoSmithKline C.S.C.*, précité, note 3, par. 13.

⁶² *GlaxoSmithKline C.S.C.*, précité, note 3, par. 54; *GlaxoSmithKline C.A.F.*, précité, note 32, par. 79.

⁶³ *GlaxoSmithKline C.S.C.*, précité, note 3, par. 61; Principes de l'OCDE de 1995, précité, note 2, par. 1.45.

⁶⁴ *GlaxoSmithKline C.S.C.*, précité, note 3, par. 60.

Par sa décision, la Cour suprême reconnaît que certaines opérations complexes en matière de prix de transfert pourront exiger des tribunaux ce type d'analyse liée au fonctionnement d'une industrie⁶⁵.

Cette première décision de la Cour suprême en matière de prix de transfert aura un effet important à l'échelle internationale puisque la question intéresse non seulement les pays membres de l'OCDE mais aussi des pays dits émergents comme l'Inde⁶⁶ dont les tribunaux sont particulièrement prolifiques en la matière. De plus, il y a relativement peu de jurisprudence en provenance des plus hauts tribunaux des pays, qu'ils soient membres ou non de l'OCDE.

Au Canada, les auteurs et les fiscalistes s'entendent généralement sur le fait que, bien que la décision *GlaxoSmithKline* ait été rendue en application de l'ancien paragraphe 69(2) L.I.R., les principes établis par la Cour suprême continueront de s'appliquer en vertu de l'article 247 L.I.R.⁶⁷

⁶⁵ La distinction qui devrait être faite dans le traitement des opérations complexes en matière de prix de transfert et dans celles qui le sont moins a notamment été soulignée lors du 67^e congrès de l'International Fiscal Association : « Seminar E: Profit methods and the arm's length principle », précité, note 47.

⁶⁶ Voir notamment Vijay KRISHNAMURTHY, « Supreme Court Ruling in GlaxoSmithKline Case », (2013), vol. 20, n° 2 *International Transfer Pricing Journal*, où l'auteur, directeur financier de Smartplay Technologies (India) Pvt. Ltd., remarque que : « This was also the first ever transfer pricing case to come to the Canadian Supreme Court and was therefore eagerly watched » et que « though primarily binding on the revenue and judicial authorities in Canada, [*Glaxo*] has considerable value in other tax jurisdictions where similar transactions are likely to occur ».

⁶⁷ Voir notamment OSLER, HOSKIN & HARCOURT LLP, « Canada's Supreme Court Releases First Transfer Pricing Decision in *GlaxoSmithKline* », 19 octobre 2012 (en ligne : <http://www.osler.com/NewsResources/Canadas-Supreme-Court-Releases-First-Transfer-Pricing-Decision-in-GlaxoSmithKline/>); Salvatore MIRANDOLA et Patrick LINDSAY, « Canada's Glaxo Ruling Provides Transfer Pricing Guidance », *Tax Notes International*, 29 octobre 2012, p. 433; GRANT THORNTON LLP, « Bundle it back up and send it over to the Tax Court, says the Supreme Court on Glaxo transfer pricing », 26 octobre 2012 (en ligne : http://www.grantthornton.ca/resources/insights/articles/Bundle%20it%20back%20up%20and%20send%20it%20over%20to%20the%20Tax%20Court_Glaxo_fin_al.pdf).

POT-POURRI SUR DES PLACEMENTS FISCALEMENT AVANTAGEUX ET SUR LA « REQUALIFICATION » DE CERTAINS TYPES DE REVENUS



Vincent Cliche
Conseiller en placement
Financière Banque Nationale

PRÉCIS

Le marché des produits financiers est vaste et relativement méconnu. Les possibilités d'optimiser la fiscalité d'un portefeuille d'investissements existent, mais les produits sont en constante évolution et leur traitement fiscal également. L'auteur se penche sur plusieurs véhicules de placement fiscalement avantageux qui permettent de « requalifier » certains types de revenus et de différer l'impôt sur un portefeuille d'investissements. Il mentionne notamment, avec un regard fiscal, les avantages, les inconvénients et les utilisations possibles des fonds communs de placement constitués en fiducie et en société, des fonds de catégorie T, des billets à capital non protégé ainsi que des fonds à rendement en capital. Le texte fait aussi état des modifications législatives proposées lors du Budget fédéral de mars 2013 qui restreignent les opérations de « requalification », et de leur incidence sur le secteur des fonds communs de placement. Il est aussi question des pratiques administratives de l'Agence du revenu du Canada quant à la disposition de titres de créance à rendement variable.

ABSTRACT

The investment securities market is vast and relatively unknown. Fiscal optimization opportunities exist for an investment portfolio, but financial products and their tax treatment are constantly evolving. The author explores many of the investment vehicles that enable the character conversion and tax deferral of the returns of an investment portfolio. He namely addresses the advantages, disadvantages and different uses of mutual funds structured as trusts or corporations, T class funds, principal at risk notes and capital yield funds. The author also provides a brief review of the new tax measures regarding character conversion transactions, proposed in the March 2013 federal budget, and of their implications on the mutual funds industry. Some of the Canada Revenue Agency administrative practices concerning the disposition of variable return debt notes are discussed as well.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	671
1. SURVOL DE L'IMPOSITION DES REVENUS DE PLACEMENT ET ENJEUX CONNEXES	676
2. FONDS COMMUNS DE PLACEMENT	681
2.1. FIDUCIES DE FONDS COMMUN DE PLACEMENT	682
2.1.1. Avantages	682
2.1.2. Inconvénients	683
2.2. SOCIÉTÉS DE PLACEMENT À CAPITAL VARIABLE	684
2.2.1. Avantages	684
2.2.2. Inconvénients	687
2.2.3. Applications	687
2.3. FONDS À RENDEMENT EN CAPITAL	689
2.3.1. Structure	693
2.3.2. Avantages et inconvénients	694
2.4. FONDS DE CATÉGORIE T	695
2.4.1. Fonctionnement et avantages	695
2.4.2. Applications	696
3. BILLETS DONT LE RENDEMENT EST LIÉ À DES ACTIFS SOUS-JACENTS	699
3.1. DÉFINITIONS	700
3.2. APPLICATIONS	701
CONCLUSION	703

INTRODUCTION

Les liquidités ainsi que les titres de créance et les titres de participation – valeurs mobilières constituant le fondement même du système économique et financier actuel – s'échangent sur des marchés publics depuis près de huit siècles.

Ce furent les Français qui, au milieu du XIII^e siècle, créèrent pour la première fois une société dont les actions pouvaient se négocier sur un marché libre, semblable aux marchés des capitaux que nous connaissons maintenant¹. Les premières obligations furent également émises à Lyon, en France, par Henri II, en 1555². Lyon était à l'époque la première des grandes bourses françaises où se négociaient les titres de créance publics. Le monde des placements financiers négociés sur un marché public venait de voir le jour. Paradoxalement, la fiscalité n'a pas évolué de pair avec la création des valeurs mobilières. Les revenus de placement n'étaient pas imposés dans un cadre fiscal prévu pour ceux-ci. La plupart des taxes étaient foncières ou perçues sur des produits de base comme le sucre, le rhum ou la mélasse³. Les Français imposèrent déjà vers 1440 des impôts directs payés par les roturiers selon leurs revenus présumés ou la taille des terres possédées, mais rien ne distinguait particulièrement le revenu de placement, et on ne songeait alors pas du tout à quelque planification fiscale que ce soit sur ces investissements, alors rudimentaires par ailleurs.

C'est au XVIII^e siècle que des véhicules de placement collectifs appurent. En 1774 fut créé aux Pays-Bas ce que l'on croit être le premier fonds d'investissement, le *Eendragt Maakt Magt* (« l'union fait la force » en néerlandais)⁴, permettant ainsi à un grand nombre d'individus de diversifier

¹ Les parts de la Société des Moulins du Bazacle créée à Toulouse aux alentours de 1250 étaient négociables. Elles sont devenues par la suite des actions de la Société civile anonyme du Moulin du Bazacle, puis de la Société Toulousaine d'électricité du Bazacle, négociables sur les marchés des capitaux français jusqu'en 1946. Voir FB Bourse, 11 mai 2009, « La première société française par actions : La Société des Moulins du Bazacle ».

² Emprunt royal « Grand Parti de Lyon ». André KOSTOLANY, *Si la Bourse m'était contée*, Julliard (1960), p. 92.

³ William J. ASHWORTH, *Customs and Excise: Trade, Production, and Consumption in England, 1640-1845*, Oxford University Press, 2003, pp. 57-58.

⁴ INSTITUT DES FONDS D'INVESTISSEMENT DU CANADA. *L'histoire des fonds d'investissement*. <https://www.ifc.ca/Content/Content.aspx?id=4580&LangType=1036>.

leurs placements sans disposer de sommes faramineuses. Ce fonds d'investissement⁵ était à capital fixe, ce qui signifie qu'une fois toutes les unités émises et en circulation, celles-ci se négociaient uniquement sur un marché secondaire entre vendeurs et acquéreurs. Après avoir gagné la France, l'Angleterre puis les États-Unis, ces fonds à capital fixe furent remplacés par d'autres fonds communs de placement (*mutual funds*)⁶ qui sont aujourd'hui les plus répandus et les plus connus, à savoir les fonds d'investissement à capital variable⁷. Contrairement aux fonds à capital fixe, les fonds d'investissement à capital variable sont en général offerts aux investisseurs par voie de prospectus et sont achetés et vendus auprès de la

⁵ Au Québec, la *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q., c. V-1, art. 5, définit ainsi un fonds d'investissement : « [...] tout organisme de placement collectif ou fonds d'investissement à capital fixe. » Un organisme de placement collectif se définit comme :

« [...] l'émetteur qui a pour objet principal d'investir des sommes fournies par les porteurs de ses titres et dont les titres donnent à leur porteur le droit de recevoir sur demande, sans délai ou dans un délai déterminé, un montant calculé en fonction de la valeur d'une quote-part de la totalité ou d'une partie de l'actif net, y compris un fonds séparé ou un compte en fiducie, de l'émetteur. »

Voir aussi AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS, *Les organismes de placement collectif*.

⁶ Dans le langage courant, les *mutual funds* ont longtemps été appelés « fonds mutuels » en français, sous l'influence de l'anglais. La désignation appropriée est aujourd'hui « fonds communs de placement ». Ce sont des organismes de placement collectifs au sens de la *Loi sur les valeurs mobilières* du Québec. Selon que ces fonds communs de placement sont constitués en fiducie ou en société, leur appellation diffère. Les fonds communs de placement constitués en fiducie sont appelés « fiducies de fonds communs de placement », alors que ceux constitués en société sont généralement des « sociétés de placement à capital variable » que le secteur financier désigne la plupart du temps sous le nom de fonds en « catégories de société » et que nous appellerons aux fins du présent texte « fonds en catégories d'actions » pour plus de clarté (voir note 12). Il convient de noter que la forme la plus courante de fonds communs de placement au Québec est la fiducie de fonds commun de placement. http://www.droitsdesinvestisseurs.com/fonds_investissements/obligations_distributeur_fa_1.html. En ligne. Page consultée le 2 avril 2013.

⁷ Étant donné que les fonds d'investissement à capital fixe sont généralement négociés en bourse et représentent une part du marché beaucoup plus petite que les fonds d'investissement à capital variable et que le traitement fiscal des différents revenus de placement est le même pour les fonds d'investissement à capital fixe que pour les fonds d'investissement à capital variable, nous ne traiterons que des fonds d'investissement à capital variable dans le présent texte, plus précisément des sociétés de placement à capital variable, appelées couramment fonds de catégorie de société (qui sont des fonds de catégorie d'actions).

société ou fiducie qui gère le fonds lui-même plutôt qu'entre investisseurs. Le fonds reconnu comme étant le premier du genre fut créé en 1924 au Massachusetts.

Le premier fonds canadien, le *Canadian Investment Fund*, qui existe toujours aujourd'hui sous le nom de *Fonds de placements canadiens CI*, fut pour sa part créé en 1932.

Aujourd'hui, les fonds d'investissement sont certainement les véhicules d'épargne collectifs les plus répandus, avec plus de 940,4 G\$ sous gestion au Canada⁸. À titre de comparaison, le produit intérieur brut (PIB) du Canada en 2012 était de 1 821 G\$⁹. Les véhicules d'épargne collectifs traditionnels ne sont pourtant pas les seuls qui permettent aux investisseurs de bénéficier des avantages¹⁰ des placements offerts à un large public. Les fonds négociés en bourse et les billets font notamment fureur tant auprès des conseillers financiers que des épargnants à cause de certaines caractéristiques fort intéressantes. Devant l'abondance de produits financiers qui existent aujourd'hui, il est parfois difficile de déterminer quels sont ceux qui sont assortis d'avantages fiscaux pouvant bonifier leur rendement après impôts. Dans un contexte où les sociétés de gestion et les fiducies se multiplient à coups de planifications fiscales, les comptes de placement imposables de ces entités juridiques, dont les coffres se remplissent des sommes extraites des sociétés exploitantes, sont souvent plus importants que les sommes détenues dans le régime enregistré d'épargne retraite (« REÉR »), le compte d'épargne libre d'impôt (« CÉLI ») et les comptes non enregistrés d'un particulier. Autrement dit, la société ou la fiducie est souvent plus riche que l'individu lui-même. Pourtant, les revenus de placement sont désavantageusement imposés dans de telles entités. Il en va de même des sommes importantes qu'obtiennent des individus à la suite de la vente d'actions ou d'actifs importants qui ne peuvent être versées à un régime enregistré. Il en est de même pour les investisseurs qui ont de bons revenus et de bonnes habitudes d'épargne, qui maximisent leurs contributions à leurs REÉR et CÉLI et investissent d'autres sommes dans des comptes au comptant ou sur marge. Ces sommes se retrouvent dans des comptes non

⁸ Au 30 septembre 2013. Source : Institut des fonds d'investissements du Canada (IFIC). <https://www.ific.ca/fr/info/stats-and-facts/>. Page consultée le 19 octobre 2013.

⁹ Trading Economics. *Canada GDP – Actual Value – Historical Data – Forecast – Calendar*. www.tradingeconomics.com/canada/gdp. Source : The World Bank Group.

¹⁰ Mentionnons entre autres la gestion professionnelle, un certain contrôle des coûts et la diversification.

enregistrés et exigent des investisseurs et de leurs conseillers de très bons réflexes fiscaux.

Le rendement net d'un investissement dans les poches de l'investisseur étant tributaire de l'imposition de celui-ci, la fiscalité peut jouer un rôle important dans l'atteinte de ses objectifs financiers. En fait, selon l'Institut des valeurs mobilières du Canada : « [...] des trois éléments du fardeau [impôt, ratio de frais de gestion (« RFG ») et inflation], l'impôt représente le plus important obstacle à l'accumulation de patrimoine¹¹. » Une étude approfondie, réalisée en 2003 par les auteurs Mawani, Milevsky et Panyagometh, examina les rendements réalisés par 343 fonds équilibrés d'actions gérés et vendus au Canada pour les années 1992 à 2001¹². En plus d'en arriver à la même conclusion que l'Institut des valeurs mobilières quant à l'effet de l'impôt sur le rendement net par rapport aux frais de gestion et à l'inflation, les auteurs ont également observé que le classement en fonction du rendement des fonds avant et après impôts a considérablement changé. Entre autres, les fonds ont, en moyenne, gagné ou perdu 28 places (sur 343) dans le classement avant et après impôts. Également, les fonds qui se suivaient dans le classement par rendement avant impôts avaient 46 % de chances de ne pas se retrouver dans le même ordre dans le classement après impôts.

Le très vaste domaine des placements regorge de produits financiers permettant aux conseillers et gestionnaires aguerris de fournir à leurs clients des options afin de reporter l'impôt jusqu'à la disposition du placement et de « requalifier » la totalité des revenus de diverses natures en gain en capital ou en remboursement de capital. Il y a deux « couches » à un investissement dans un des véhicules dont il sera question dans le présent texte :

- le produit que l'on détient, servant « d'enveloppe » afin de détenir un ensemble de valeurs mobilières, qui a ses incidences fiscales propres;
- les valeurs mobilières sous-jacentes, qui ne déterminent pas nécessairement le traitement fiscal mais qui déterminent le plus souvent le degré de risque de l'investissement.

¹¹ INSTITUT DES VALEURS MOBILIÈRES DU CANADA, *Techniques de gestion des placements*, Section 9, Module 16, p. 5.

¹² Amin MAWANI, Moshe MILEVSKY et Kamphol PANYAGOMETH, « The Impact of Personal Income Taxes on Returns and Rankings of Canadian Equity Funds », (2003), vol. 51, n° 2 *Revue fiscale canadienne* 863-901.

De nos jours, la très vaste majorité des fonds communs de placement sont structurés en fiducie. Mais, comme nous le verrons, de nombreux fonds détenus par des investisseurs sont structurés en société, plus précisément des sociétés de placement à capital variable. Il n'est pas toujours facile de faire la différence entre les deux¹³ et le traitement fiscal n'est pas le même. Par ailleurs, les banques émettent de plus en plus de billets ou d'autres titres de créance dont le rendement est lié à celui d'autres actifs, ou dont les modalités de rendement et de protection du capital sont différentes de celles d'un titre de créance traditionnel portant intérêt fixe pour une période déterminée et non modifiable. Elles offrent notamment un marché secondaire aux investisseurs qui veulent se défaire de tels billets à la juste valeur marchande (« JVM ») des placements sous-jacents, de façon quotidienne. Outre les valeurs mobilières détenues en propre, les fonds (en fiducie ou en société) et les billets (à capital protégé ou non protégé) sont les produits financiers les plus demandés à l'heure actuelle.

Comment réussir à allier le bon niveau de risque et à maximiser les formes de revenus de placement les plus avantageuses sur le plan fiscal? Quels fonds communs de placement permettent de reporter l'impôt? Lesquels versent du gain en capital, des dividendes, de l'intérêt ou du remboursement de capital? Le nom d'un fonds peut-il nous en apprendre sur sa structure et, par conséquent, sur ses incidences fiscales? Est-ce qu'un titre de créance, comme un billet ou une obligation, détenu en propre ou par le biais d'un véhicule collectif, peut générer du gain en capital même si le revenu devrait théoriquement être imposé comme de l'intérêt? La bonne vieille règle qui consiste à détenir des obligations dans les régimes enregistrés et des actions dans les comptes dont le revenu est imposable tient-elle toujours la route? De nombreux fonds effectuaient jusqu'au Budget fédéral du 21 mars 2013 des opérations de « requalification » afin de transformer du revenu d'intérêt en gain de capital. Le budget a considérablement modifié cette possibilité. Qu'en est-il et quelles en sont les conséquences sur les produits offerts et sur leurs caractéristiques? Quels en sont les effets actuels et futurs sur les investisseurs? Le présent texte a pour objectif de répondre à ces questions, mais aussi de présenter et expliquer le

¹³ Le terme employé dans le secteur financier pour désigner les sociétés de placement à capital variable est « catégorie de société » (*corporate class* en anglais). Par exemple, deux fonds étant des copies conformes l'un de l'autre pourraient porter le même nom, avec pour unique distinction que l'un se nomme « fonds de revenu » et l'autre « catégorie de revenu ». Il n'est pas évident pour les non-initiés de faire la différence entre les fonds constitués en fiducie et ceux constitués en société, ni même de comprendre l'expression « catégorie de société » qu'aux fins du présent texte nous appellerons, par souci de précision, « fonds de catégorie d'actions ».

fonctionnement de divers outils disponibles sur le marché pour optimiser la fiscalité des placements dans des comptes où le revenu est imposable.

Le présent texte n'a pas la prétention d'être une étude approfondie ni exhaustive de tous les types de placement fiscalement avantageux. Ainsi, les actions accréditives, les parts de sociétés en commandite, les actions du Fonds de développement de la CSN pour la coopération et l'emploi ou celles du Fonds de solidarité FTQ ne seront pas abordées ici. Nous ne traiterons pas non plus de revenus étrangers.

1. SURVOL DE L'IMPOSITION DES REVENUS DE PLACEMENT ET ENJEUX CONNEXES

Voici un court rappel des taux d'imposition combinés des revenus de placement au Québec (taux marginaux maximums pour les particuliers) :

Revenu de placement	Société	Particulier
Intérêt	46,57 %	49,97%
Dividende	33,33 %	38,54 %/35,22 % ¹⁴
Gain en capital	23,03 %	25 %

Année d'imposition 2013

Dans le contexte d'une société de gestion, de façon générale, le principe d'intégration fait en sorte qu'un particulier qui gagne un revenu par l'intermédiaire d'une société devrait se retrouver dans la même situation fiscale que s'il avait gagné directement le revenu. Autrement dit, le type d'entité utilisé pour gagner un revenu devrait laisser le particulier indifférent (sur le plan de l'impôt sur le revenu).

¹⁴ Le taux de 38,54 % est pour les dividendes non déterminés, c'est-à-dire qui résultent d'un revenu imposé au taux réduit dans la société. Ce tableau tient compte de la majoration du dividende imposable de 25 % et des crédits de 13,33 % au fédéral et 8 % au Québec. Le taux de 35,22 % est pour les dividendes déterminés, c'est-à-dire qui résultent d'un revenu imposé au taux de base dans la société. Le taux tient compte de la majoration du dividende imposable de 38 % et des crédits de 15 % au fédéral et 11,9 % au Québec.

En ce qui concerne les revenus de placement, l'intégration des revenus de placement passifs gagnés par une société privée sous contrôle canadien (« SPCC ») s'effectue par un mécanisme d'impôt remboursable. La société paie un impôt remboursable supplémentaire sur son revenu de placement¹⁵, impôt qui est par la suite remboursé lorsque la société verse finalement un dividende imposable à un particulier. L'impôt remboursable diminue évidemment l'intérêt du report d'impôt lié au fait de gagner un revenu de placement dans une société.

Il incombe également de souligner que, dans le contexte d'une société, le compte de dividendes en capital (« CDC ») favorise nettement les gains en capital comme revenus de placement. Faisant partie intégrante des dispositions prévues par la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour assurer l'uniformité du traitement fiscal, le CDC a pour objet de permettre aux sociétés privées de distribuer des sommes exemptes d'impôt qu'elles encaissent à leurs actionnaires sans que ces sommes soient imposables pour ces derniers¹⁶. Ce compte est théorique et n'existe qu'aux fins fiscales.

Pour une période donnée, le CDC d'une société X est constitué notamment aux fins du présent texte :

- des dividendes en capital reçus par la société¹⁷;
- de la partie non imposable des gains en capital réalisés sur les immobilisations (par exemple, valeurs mobilières) ayant fait l'objet d'une disposition au cours de la période donnée¹⁸;

¹⁵ Impôt en main remboursable au titre des dividendes (IMRTD). Pour plus de renseignements, voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-243R4, « Remboursement au titre de dividendes à une société privée », 12 février 1996; ainsi que L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) et mod. (« L.I.R. »), par. 129(3).

¹⁶ Pour plus de renseignements concernant la déclaration de dividendes en capital, voir *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945 et mod. (« R.I.R. »), art. 2101.

¹⁷ FINANCIÈRE SUNLIFE, « Le compte de dividende en capital », document de référence. Disponible en ligne : https://www.sunnet.sunlife.com/files/advisor/french/PDF/document_de_reference_Le_compte_de_dividende_en_capital_CDC.pdf.

¹⁸ Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-123R6, « Transactions mettant en jeu des immobilisations admissibles », 1^{er} juin 1997 et s.-al. 89(1)b)(iii) L.I.R.

- des gains en capital non imposables nets des pertes en capital non imposables.

Titres de participation¹⁹

Gain en capital ou perte en capital :	Réalisé sur la plus-value ou la moins-value à la disposition du titre. Imposé à 50 % ²⁰
Dividende :	Bénéfice après impôts versé à l'actionnaire (traitement fiscal avantageux pour un particulier étant donné la formule de majoration du dividende et de crédit d'impôt pour dividendes) ²¹
Remboursement de capital :	Revenu non imposable diminuant d'autant le prix de base rajusté (« PBR ») du titre (gain en capital latent)
Revenu ordinaire :	Exemples : fiducies de redevances et fonds de placement immobilier

Les titres de participation peuvent sans contredit offrir le rendement après impôts le plus attrayant de tous les types de placements. À l'exception des flux de trésorerie générés par les unités de fiducies, majoritairement distribués sous forme de revenus de fiducies, ce sont des gains en capital qui sont réalisés et des dividendes déterminés qui sont versés sur les titres cotés en bourse. Il existe également des actions de sociétés ou des unités de fiducies créées pour du placement, qui distribuent le capital initial investi au détenteur sous forme de remboursement de capital. C'est précisément par le biais de titres de participation que la plupart des stratégies fiscales de placement peuvent être effectuées. Les titres de participation de sociétés

¹⁹ Les titres de participation les plus fréquemment détenus par les investisseurs sont les actions ordinaires de sociétés publiques et les unités de fiducies de placement immobilier et de fiducies de redevances.

²⁰ Al. 38a) L.I.R.

²¹ Voir al. 82(1b) et s.-al. 121b)(iv) L.I.R.

publiques cotées en bourse sont généralement les valeurs mobilières les plus volatiles que peut détenir un investisseur.

Titres de créance²²

Gain en capital ou perte en capital :	Réalisé sur la plus-value ou la moins-value à la disposition du titre (doit précéder l'échéance); imposé à 50 %
Intérêt :	Le traitement fiscal dépend de la nature du titre (par exemple : obligation, obligation à coupons détachés)

Les titres de créance sont principalement attrayants pour leur degré de risque faible. Le rapport risque/rendement de ce type d'investissement a été exceptionnel depuis le milieu des années 1970 et plus particulièrement depuis le sommet historique des taux d'intérêt de 1982. Par la suite, les taux d'intérêt ont été en baisse constante, causant une augmentation significative de la valeur marchande²³ des obligations, surtout celles de qualité investissement (dont il est particulièrement question dans ces lignes)²⁴. Qui plus est, dans le contexte d'incertitude macroéconomique que nous vivons depuis la Grande Récession de 2008, les investisseurs se réfugient, se réfugient et se réfugieront certainement encore pendant un moment dans les titres de créance pour éviter la volatilité des actions. Il existe donc un marché secondaire organisé²⁵ des obligations où les titres augmentent ou baissent selon le contexte, généralement à l'inverse des actions.

²² Les titres de créance les plus fréquemment détenus par les investisseurs sont les obligations, les certificats de placement garanti, les dépôts à terme et les billets.

²³ La valeur au marché d'une obligation fluctue selon divers facteurs, le plus important étant la variation des taux d'intérêt liée à l'appétit ou l'aversion pour le risque des investisseurs dans le marché. De façon générale, lorsque les taux baissent, la valeur des obligations augmente, et vice versa.

²⁴ Les obligations de qualité investissement sont assorties d'une cote de crédit BBB- (agences de notation S & P et Fitch) [ou Baa3 (agence Moody's)] ou supérieure. Leur sensibilité aux fluctuations des taux d'intérêt est plus importante que celle des obligations à haut rendement, qui fluctuent plutôt selon les conditions de crédit de la société émettrice ou du marché en général.

²⁵ Extrait du manuel publié par INSTITUT DES VALEURS MOBILIÈRES DU CANADA, *Techniques de gestion des placements*, sect. 5, chap. 8, p. 29 :

Cela peut poser problème sur le plan fiscal au cours des prochaines années. Malgré leur popularité, les titres à revenu fixe ne sont pas attrayants quant à leur strict rendement après impôts, dans un contexte autre qu'un compte enregistré (CÉLI, REÉER ou régime de retraite individuel (RRI) par exemple) – à moins de réaliser un gain en capital sur la fluctuation à la hausse d'un ou de plusieurs titres. Cela a été le cas, plus régulièrement qu'historiquement, au cours des dernières années – puisque ces titres se négocient souvent à prime²⁶ à cause de la baisse des taux d'intérêt. Dans les années à venir, l'unique rendement que devraient recevoir les investisseurs obligataires serait le paiement en intérêt, diminué d'une perte latente en capital, due à la baisse de la valeur au marché des titres à revenu fixe qui devrait se produire tranquillement. Ce scénario se produirait dans la mesure où les taux d'intérêt resteraient stables ou augmenteraient au cours des prochaines années. Cette particularité du contexte actuel cause trois problèmes majeurs quant à la gestion fiscalement efficace des titres à revenu fixe.

Premièrement, l'intérêt reçu annuellement est pleinement imposable au taux marginal, alors qu'une perte en capital éventuelle n'est déductible qu'à 50 %. La fiscalité joue donc contre l'investisseur lorsque les obligations sont à prime. Deuxièmement, il y a un enjeu au point de vue du moment d'imposition, qui est non négligeable. L'investisseur déclare tous les ans un revenu d'intérêt plus élevé que son rendement à l'échéance²⁷ et ne pourra profiter de sa perte en capital qu'au moment de la vente ou à l'échéance du titre. C'est là un écueil qui requiert de la vigilance. Troisièmement, comme

(...suite)

« Les courtiers en valeurs mobilières et les autres participants au marché négocient (les obligations) entre eux directement, par le biais de réseaux d'ordinateurs ou par téléphone. Sur le marché secondaire, les courtiers en valeurs mobilières cotent un cours acheteur (le prix auquel ils sont prêts à acheter) et un cours vendeur (le prix auquel ils sont prêts à vendre). Le processus d'interaction entre les courtiers et les autres participants, qui se fait directement ou par le biais de sociétés habilitées à faire office d'intermédiaires, permet de déterminer le prix du marché. »

²⁶ Une obligation est le plus souvent émise à la valeur nominale de 1 000 \$. Si la valeur au marché d'une obligation est au-dessus du prix d'émission, on dit qu'elle est à prime. Dans le cas contraire, on la dit à escompte.

²⁷ En gros, le rendement à l'échéance est le rendement que l'investisseur réalisera réellement sur son titre obligataire en tenant compte de la prime qu'il a payée ou de l'escompte qu'il a réalisée à l'achat. Actuellement, le rendement à l'échéance est significativement plus faible que le rendement courant des obligations puisque les obligations sont à prime. C'est ce qui est à la source du problème décrit.

la perte à l'échéance ou à la disposition du titre est une perte en capital, elle ne peut être déduite qu'à l'encontre d'un gain en capital réalisé au cours des trois années d'imposition précédentes ou être conservée pour une utilisation future²⁸.

Ces perspectives sont peu intéressantes, tant au point de vue du rendement que de la fiscalité. On savait déjà que l'apport de stratégies fiscales dans la gestion des placements est plus important dans le cas des titres à revenu fixe que dans le cas des titres de participation. Au cours des prochaines années, cette situation devrait à mon avis perdurer, voire s'amplifier compte tenu du contexte ambiant.

Enfin, il existe de nouvelles stratégies avec d'autres titres de créance, par exemple des billets dont le rendement est lié à celui d'autres valeurs mobilières²⁹ pour profiter d'une plus-value de la valeur au marché de ces autres valeurs mobilières. Nous en traiterons à la section 3.

2. FONDS COMMUNS DE PLACEMENT

Tel qu'il a été mentionné en introduction, il existe deux types de fonds communs de placement : les fonds constitués en fiducie et les fonds constitués en société. La présente section présente les deux types de fonds, leurs structures, leurs avantages et inconvénients, des applications ainsi que des exemples d'utilisation de ceux-ci. Les deux types de fonds utilisent parfois des produits dérivés afin de mettre en place des opérations de « requalification ». Dans le Budget fédéral présenté le 21 mars 2013, le ministre des Finances Jim Flaherty a proposé de mettre fin au traitement fiscalement favorable de ces opérations pour les particuliers. Nous traiterons du fonctionnement de ces opérations de « requalification » et des conséquences de leur cessation.

²⁸ Par. 111(1) L.I.R.

²⁹ Les billets sont des titres de créance qui, sur les marchés publics accessibles aux particuliers, sont généralement émis par des institutions financières pour des périodes de courte à moyenne durée. Le rendement de ces billets peut être à taux d'intérêt fixe, mais peut également être lié au rendement d'un indice, d'un panier de valeurs, d'un actif ou d'une stratégie financière précise.

2.1. FIDUCIES DE FONDS COMMUN DE PLACEMENT

La plupart des organismes de placement collectifs sont des fiducies de fonds commun de placement³⁰. Il s'agit de fiducies entre vifs dont l'ensemble des revenus est imposé au taux marginal supérieur. Dans les faits, ces fiducies ne paient toutefois pas d'impôt, puisqu'elles remettent l'ensemble des revenus de toutes natures aux détenteurs d'unités de la fiducie à la fin de chaque année. La fiducie, sans être un *conduit* à proprement parler, permet tout de même que le revenu de dividende, le gain en capital et le revenu étranger conservent leur nature. Les investisseurs qui sont imposés selon les taux d'imposition progressifs peuvent ainsi réclamer le crédit d'impôt pour dividendes, le crédit pour impôt étranger et payer l'impôt sur le gain en capital imposable net. Les autres sources de revenus attribuées au bénéficiaire de la fiducie sont réputées être un revenu de bien qui est donc imposé comme un revenu ordinaire³¹.

2.1.1. Avantages

Cette structure présente de nombreux avantages. D'abord, elle permet à un investisseur de diversifier son portefeuille pour un coût raisonnable. Également, les titres détenus par le fonds sont gérés par un ou plusieurs professionnels de l'investissement, favorisant ainsi une saine gestion selon une stratégie établie et connue d'avance par l'épargnant. La transparence est donc de mise dans le cadre d'un fonds commun de placement, un autre point positif. La liquidité quotidienne est aussi très pratique afin de rééquilibrer³² un portefeuille ou de dégager des liquidités pour des besoins financiers. La liquidité est assurée par la fiducie elle-même, puisque toutes les opérations ont lieu entre celle-ci et le détenteur des unités. Il n'y a donc pas de marché secondaire spéculatif, comme c'est parfois le cas pour les fonds à capital fixe négociés sur les marchés publics, puisque la valeur des unités est toujours fonction de la valeur des placements sous-jacents moins les frais applicables, le cas échéant.

³⁰ Par. 132(6) L.I.R. et art. 4801 R.I.R.

³¹ Par. 108(5) L.I.R. Voir aussi Caroline RHÉAUME, (2007), vol. 9, n° 8 *Bulletin CCH*.

³² Le rééquilibrage consiste en la modification de la répartition de l'actif d'un portefeuille. Généralement fait de manière périodique, il permet de rétablir l'équilibre souhaité par le planificateur ou gestionnaire entre actions, obligations, liquidités et parfois d'autres catégories d'actifs.

2.1.2. Inconvénients

Malheureusement, la structure en fiducie présente de nombreux inconvénients. Comme le revenu est souvent versé aux détenteurs d'unités en fin d'année, un investisseur qui s'en serait procuré tard dans l'année civile se verrait imposé sur l'ensemble des revenus de l'année sans avoir pu en « profiter ». La question du moment de l'imposition devient donc très importante et il faut être prudent dans le choix des investissements et des périodes de rééquilibrage des portefeuilles dans des comptes dont le revenu est imposable. De surcroît, même si un investisseur décide de conserver les unités pendant une longue période, il devra tout de même payer chaque année l'impôt sur les revenus réalisés par le fonds, peu importe qu'il ait perçu ces revenus ou qu'il ait décidé de les réinvestir dans de nouvelles unités – ce qui est monnaie courante dans le secteur financier. Sur le strict plan technique, cela peut causer de sérieux maux de tête quand vient le temps de préparer la déclaration de revenus d'une fiducie, d'une société ou d'un particulier qui détient les unités. Comment être persuadé du PBR si, par exemple, il y a eu réinvestissement des distributions en de nouvelles unités pendant des années chez un courtier X, transfert vers une institution financière Y, puis disposition des années plus tard?

De nombreuses erreurs sont commises par des courtiers en valeurs mobilières ou firmes de planification financière, puisqu'ils ne disposent pas toujours de l'information sur l'investissement initial et produisent des rapports de gains et pertes sans avoir pu valider le véritable PBR des unités. Lorsqu'une disposition est effectuée, à moins d'être rigoureux et de demander le rajustement du PBR grâce aux données de Fundserv³³, qui gère toutes les données financières des fonds communs de placement détenus au Canada, le rapport de gains et pertes qui sera produit peut être gravement faussé. Ce potentiel d'erreur est méconnu et il faut être très prudent quand vient le temps de déclarer la disposition d'unités de fiducies de fonds communs de placement, principalement en ce qui concerne le gain en capital. Finalement, si un investisseur décide de changer de stratégie et d'opter pour une autre fiducie de fonds commun de placement, que ce soit ou non avec la même firme de fonds, il doit disposer des unités de la fiducie X pour acquérir des unités de la fiducie Y. Comme il arrive que l'on veuille rééquilibrer le portefeuille ou qu'un gestionnaire change de firme de fonds et

³³ Fondée en 1993, la société Fundserv sert de plaque tournante qui relie électroniquement les sociétés de fonds, les distributeurs et les intermédiaires, en leur permettant de s'acheter, de se vendre et de se transférer mutuellement des fonds d'investissement. En ligne : <http://www.fundserv.com/fr/>.

qu'on veuille réattribuer les sommes de son fonds vers un autre dans la même firme, des dispositions doivent parfois se produire sans que le moment soit idéal sur le plan fiscal.

2.2. SOCIÉTÉS DE PLACEMENT À CAPITAL VARIABLE

C'est en juillet 1987 que fut créée la première famille de fonds communs de placement constitués en société au Canada, par la société CI (devenue depuis Investissements CI)³⁴. Bien qu'il ne soit pas expressément reconnu comme un moment décisif dans la communauté financière, ce changement majeur a bouleversé de façon permanente le travail des planificateurs financiers, représentants en épargne collective, conseillers en placement et gestionnaires de patrimoine. L'essence de cette innovation est de modifier le type de valeur mobilière que détient un investisseur tout en bénéficiant des vertus de la fiducie de fonds communs de placement. Ainsi, au lieu de détenir des unités d'une fiducie, l'épargnant détient des actions d'une société de placement à capital variable. Le nom couramment utilisé par les professionnels du milieu financier, « catégories de société », renvoie aux différentes catégories d'actions de la société, chacune correspondant à un fonds de placement avec une stratégie distincte. Par souci de précision aux fins du présent texte, nous en parlerons comme des fonds en catégorie d'actions. La valeur de ces actions est calculée de manière journalière en fonction de la valeur du panier de valeurs mobilières sous-jacent à la clôture du marché, moins les frais de gestion au prorata. En vertu de l'article 51 L.I.R., le détenteur d'actions de sociétés de placement à capital variable peut échanger les actions d'une catégorie contre des actions d'une autre catégorie afin qu'il n'y ait pas de disposition. Lorsque finalement l'épargnant dispose de ces actions, il paie de l'impôt sur du gain en capital uniquement.

2.2.1. Avantages

Les avantages des fonds en catégories d'actions sont nombreux. En premier lieu, l'ensemble des revenus générés est imposé au niveau de la société. Bien qu'une société ne puisse généralement pas distribuer des gains en capital réalisés à ses actionnaires directement, l'article 131 L.I.R. permet à une société de placement à capital variable de verser un dividende qui est réputé être un gain en capital, imposé par conséquent de la même manière

³⁴ <http://www.ci.com/web/company/aboutus.jsp?lang=FR> et http://pdf.globefund.com/servlet/FundProfile/FR/pdf/cif_f?mode=PDF&fund_id=18423&tf=Financial/FundProfile/pdf/fr/pages/ci/ci_mutfund2_corp&universe=CI_FUND_S_CORP&branding=cif_f&product_id=.

qu'un véritable gain en capital³⁵. Les dividendes de sociétés canadiennes imposables admissibles au crédit d'impôt pour dividendes peuvent également être versés, puisqu'ils sont assujettis à un impôt entièrement remboursable de la partie IV L.I.R.³⁶ Dans les faits toutefois, l'objectif des fonds en catégories d'actions est de ne verser aucun revenu aux détenteurs d'actions. Pas même de gain en capital. Les revenus étrangers et les revenus d'intérêts (surtout), tout comme les dividendes (le plus possible), sont donc conservés et agrégés dans la société, puis généralement déduits à l'encontre des frais de gestion, des frais de transactions, des frais d'exploitation de couverture ou autres frais, de manière à diminuer, le plus souvent à zéro, les distributions effectuées. De façon générale, les sociétés de fonds communs sont en mesure de prévoir de façon relativement précise les distributions de revenus des valeurs mobilières détenues dans les fonds correspondant à chacune des catégories d'actions de la société de placement à capital variable. Ainsi, les sociétés de fonds communs mettent fin aux nouveaux investissements dans certaines catégories d'actions dont les revenus sont plus élevés (par exemple : un fonds d'obligations à rendement élevé) si les revenus supplémentaires risquent d'occasionner des impôts pour la société de placement à capital variable ou des distributions fiscalement moins avantageuses pour les investisseurs. Les ingénieurs financiers qui mettent en place les sociétés de placement à capital variable bâtissent des sociétés dont les frais, le type et la taille des actifs détenus par chaque catégorie d'actions, ainsi que les revenus qui seront potentiellement générés sont évalués de la façon la plus efficace possible afin que la stratégie fonctionne. Par exemple, une société de fonds communs ne mettrait pas en place une société de placement à capital variable avec uniquement des fonds d'obligations, puisque les frais ne réussiraient pas à compenser les intérêts gagnés. La mécanique ne fonctionne que si un savant mélange de fonds d'actions, équilibrés, et d'obligations constitue la société. Si de l'impôt devait être payé par la société, celui-ci serait reflété dans le RFG des fonds concernés. Il peut arriver que des sociétés de placement à capital variable doivent verser des revenus excédentaires aux charges, auquel cas les promoteurs de ces sociétés tenteront de maximiser les gains en capital et le versement de dividendes et de minimaliser le revenu d'intérêts. Dans un tel cas, le mécanisme d'intégration des SPCC s'applique.

³⁵ S.-al. 131(1)b)(vii) L.I.R. : « [...] le dividende est réputé être un gain en capital du contribuable provenant de la disposition d'une immobilisation qu'il a effectuée au cours de l'année et après le 17 octobre 2000. »

³⁶ Art. 186 L.I.R.

Pour éviter la double imposition du gain en capital, les firmes de fonds tirent avantage de certaines dispositions de la loi fiscale³⁷. En dernier lieu, l'investissement connaît une croissance composée dont l'imposition de la plus-value est reportée, peu importe les actifs sous-jacents dans le fonds.

C'est sans doute là l'avantage le plus important des fonds en catégories d'actions. Comme les sociétés de placement à capital variable font un bilan consolidé des différents fonds qui les composent, il ne reste du revenu à distribuer aux actionnaires que dans des cas rarissimes. Les firmes de fonds établissent des sociétés où il existe un équilibre entre revenus d'intérêts, dividendes, gain en capital et frais d'exploitation de la société. Les actionnaires d'une catégorie dont les placements sous-jacents sont des obligations bénéficient d'une « requalification » du type de revenu, transformant le revenu d'intérêts en plus-value. On peut ainsi choisir le moment d'une disposition pour en tirer avantage selon la situation du contribuable, contrôler le type de revenu de placement et bonifier le rendement net d'impôt pour un investissement identique. C'est la solution parfaite pour marier l'investissement sécuritaire en titre à revenu fixe et l'efficacité fiscale du titre de participation.

Puisqu'il y a report de l'imposition de la plus-value, il y a, *de facto*, croissance composée. L'investisseur qui ne réinvestit pas les revenus d'intérêts versés par ses parts de fonds d'obligations en fiducie en de nouvelles parts ne compose pas l'intérêt. Il arrive régulièrement qu'un investisseur n'ayant pas besoin de revenu ne réinvestisse pas automatiquement les distributions d'un tel fonds, alors que le fonds de catégories d'actions s'en charge automatiquement.

Les actions de sociétés de placement à capital variable permettent d'éviter plusieurs des problèmes liés aux titres à revenu fixe et à l'imposition des unités de fiducies. Par exemple, le PBR des actions de ces types de catégories ne porte pas à confusion. Le réinvestissement des distributions et le paiement d'impôt (s'il y a lieu) se fait à même la société et lorsqu'il y a échange d'une catégorie d'actions contre une autre, le PBR des actions données en échange devient le PBR des actions obtenues. Les problématiques liées au versement élevé d'intérêt par rapport au rendement à l'échéance d'une obligation à prime sont également éliminées. Finalement, l'enjeu du versement en fin d'année de la totalité des revenus par un fonds en fiducie, qui pénalise un acquéreur tardif dans l'année civile, ne se pose plus.

³⁷ Grâce au mécanisme de remboursement au titre des gains en capital dont le présent texte ne traitera pas en détail.

2.2.2. Inconvénients

Bien qu'ils soient très pratiques, les fonds de catégories d'actions présentent tout de même certains désavantages. Premièrement, au même titre que les fiducies de fonds commun de placement, la question du moment de l'achat est importante. Si un achat d'une catégorie d'actions de société de placement à capital variable se fait après un versement de dividendes et que les frais de la société ne sont pas suffisamment élevés pour compenser les dividendes, l'investisseur pourrait s'être procuré de telles actions à la JVM incluant les dividendes versés et devoir payer de l'impôt sur les dividendes reçus mais non gagnés. Deuxièmement, le choix des placements disponibles, bien que vaste, n'est pas aussi important que celui des fonds en fiducie. Il arrive régulièrement qu'un fonds dont le mandat de gestion répondant expressément aux objectifs d'investissement d'un client ne soit pas disponible dans une version en catégorie d'actions. Qui dit limité dans les choix tout court dit également limité dans les choix d'échanges au sein d'une même société. Souvent, les planificateurs choisissent une catégorie d'actions dans une société d'une famille de fonds à cause d'un gestionnaire ou d'une stratégie en particulier. Si on doit rééquilibrer le portefeuille ou que le gestionnaire change de firme, on est confronté à un choix qui ne sera peut-être pas optimal sur le plan fiscal. Si on souhaite rééquilibrer le portefeuille et que l'on doit passer, par exemple, d'un mandat de revenu fixe qui a fait ses preuves vers une stratégie d'actions canadiennes sous-performantes pour rester dans la même société, le degré d'objectivité du planificateur, conseiller ou gestionnaire peut être influencé par l'inadéquation entre la décision d'investissement et la décision fiscale.

Enfin, lorsqu'on gère des titres de participation de façon individuelle, on obtient plus de flexibilité quant aux déclenchements de gains en capital ou de pertes en capital qu'avec un fonds, en catégorie d'actions ou non. Il y a là aussi un conflit qui peut survenir entre le choix de placements et le choix fiscal.

2.2.3. Applications

2.2.3.1. Utilisation

Tel qu'il a été exposé en introduction, les gestes d'optimisation trouvent leur utilité dans le contexte de comptes dont le revenu est imposable. Il est donc évident qu'on n'a pas à se soucier des fonds en catégories d'actions sur les éléments d'actif détenus dans des comptes enregistrés. Cela étant dit, il existe de nombreuses applications qui peuvent être fort utiles, tant pour les sociétés que pour les fiducies ou les particuliers.

L'investisseur soumis à la récupération de la sécurité de la vieillesse (« SV ») est un bel exemple³⁸. Si un investisseur détient des montants non enregistrés importants et déclare des revenus élevés à la retraite, celui-ci peut perdre son droit à la SV, en tout ou en partie. Les fonds en catégories d'actions permettent d'exposer l'investisseur à des titres à revenu fixe sans devoir s'imposer sur du revenu d'intérêts. De façon plus générale, les conseillers et planificateurs limitent le revenu imposable d'un retraité en utilisant ce type de véhicule d'investissement.

De nombreux dirigeants d'entreprises veulent limiter le risque de leurs investissements aux opérations de leur société, préférant ainsi les titres sécuritaires dans leur société de gestion ou fiducie familiale, par exemple. Les fonds en catégorie d'actions sont tout indiqués pour ce genre de situation.

Bien que ce soit également vrai pour les unités de fiducies de fonds communs de placement, les actions de sociétés de placement à capital variable sont admissibles à l'élimination de l'imposition du gain en capital lorsqu'elles sont données à une œuvre de bienfaisance.

2.2.3.2. Exemple concret

Afin d'illustrer de manière concrète l'effet d'un investissement dans un fonds en catégories d'actions, le tableau suivant compare deux investissements identiques dans des unités d'une fiducie de fonds communs de placement et dans des actions d'une société de placement à capital variable. Aux fins de l'exemple, le taux d'imposition est le taux marginal combiné maximal d'un particulier résidant au Québec (49,97 %) pour l'année d'imposition 2013, le rendement annuel net de frais de gestion est de 4 % pour les deux fonds et la valeur marchande des obligations demeure la

³⁸ Si le revenu net avant rajustements (ligne 234 de la déclaration de revenus) dépasse un certain seuil, il y a récupération de la sécurité de la vieillesse. Le seuil pour 2013 est de 70 954 \$. Par exemple, si le revenu d'un particulier en 2013 est de 80 000 \$, le montant à rembourser entre juillet 2014 et juin 2015 correspondra à 15 % de la différence entre 80 000 \$ et 70 954 \$:

$$80\,000 \$ - 70\,954 \$ = 9\,046 \$$$

$$9\,046 \$ \times 0,15 = 1\,356,90 \$$$

Le particulier devra rembourser 1 356,90 \$ pour la période allant de juillet 2014 à juin 2015.

<http://www.servicecanada.gc.ca/fra/psr/pub/feuilles/svrembourse.shtml>

même pour toute la période de détention. La période de détention de l’investissement est de cinq ans. Le placement est entièrement en obligations et le rendement est uniquement du revenu d’intérêts. Outre la structure du produit détenu et l’absence d’une distribution régulière pour le fonds en société, toutes choses sont égales par ailleurs.

Scénario présumant que la valeur marchande des obligations demeure la même pour une durée de 5 ans et un revenu courant annuel de 4 %		Fonds d'obligations en fiducie	Fonds d'obligations en société
Après 5 ans	Investissement initial	50 000,00 \$	50 000,00 \$
	Impôt sur le revenu d'intérêt	4 997,00 \$	- \$
	Valeur marchande	50 000,00 \$	60 832,65 \$
	Prix de base rajusté	50 000,00 \$	50 000,00 \$
	Impôt sur le gain en capital à la disposition	- \$	2 706,54 \$
	Flux de trésorerie après impôt total	5 003,00 \$	8 126,11 \$
	Bonification du rendement après impôt (en %)		62,42%

Bien entendu, l’avantage sera différent en modifiant les hypothèses. Il pourrait être moindre si les titres sous-jacents sont des actions, mais il pourrait être plus grand si le revenu d’intérêts est plus élevé et la période de détention plus longue. Cet exemple illustre à la fois l’impact de la composition du rendement, de la « requalification » du revenu d’intérêts et du report d’impôt.

2.3. FONDS À RENDEMENT EN CAPITAL

Certaines opérations financières sont effectuées depuis de nombreuses années afin de lier un placement dans des produits dérivés (par exemple, des contrats de gré à gré ou des contrats à terme (*forward contracts*)) à un placement dans une immobilisation n’y étant pas autrement relié, créant ainsi un contrat dérivé à terme. Le traitement fiscal d’un contrat dérivé à terme utilisé dans le contexte d’un fonds commun de placement en fiducie ou dans une société de placement à capital variable permet effectivement de convertir du revenu ordinaire en gain en capital. Le secteur des fonds communs de placement utilise cette structure pour de nombreux fonds à revenu fixe à un faible coût pour l’investisseur³⁹. Dans le cadre du Budget du 21 mars 2013 du ministre des Finances Jim Flaherty, des modifications importantes à ces opérations ont été mises de l’avant⁴⁰ afin de récupérer un total anticipé de

³⁹ Le coût de conversion par contrat dérivé à terme varie selon la taille du fonds commun, la complexité et la liquidité des opérations effectuées. Selon les pupitres de marchés des capitaux institutionnels consultés dans le cadre de la rédaction du présent texte, le coût représente généralement entre 0,20 % et 0,40 % du RFG.

⁴⁰ Le sujet des modifications proposées et des incidences de celles-ci sur de nombreuses stratégies financières a été traité lors du Congrès 2013 de l’APFF dans le cadre des conférences de Thomas W. COPELAND, « Les produits structurés et le (à suivre...) »

175 M\$ pour les exercices 2013-2014 à 2017-2018⁴¹. Certains rajustements à la prise d'effet de ces modifications ont été proposés dans le document d'information du ministère des Finances du Canada publié le 11 juillet 2013 et intitulé *Modifications techniques proposées aux règles transitoires applicables à la mesure sur les opérations de requalification annoncée dans le Plan d'action économique de 2013*⁴². En voici un extrait :

« Pour assurer le traitement fiscal approprié du rendement axé sur l'instrument dérivé d'un contrat dérivé à terme, il a été proposé dans le Plan d'action économique de 2013 de traiter ce rendement comme étant distinct de la disposition d'une immobilisation qui est achetée ou vendue conformément au contrat. La mesure sur les opérations de requalification fait en sorte que le rendement axé sur l'instrument dérivé soit imputable au revenu et prévoit un rajustement correspondant du prix de base de l'immobilisation⁴³. »

Le Plan d'action économique de 2013 du gouvernement fédéral prévoyait des mesures transitoires. Il est proposé de les prolonger⁴⁴, ce qui

(...suite)

Budget 2013 », et de Éric LÉVESQUE, « Nouvelles tendances et structures de financement et d'acquisition d'une entreprise au Canada ».

⁴¹ CANADA, ministère des Finances *Plan budgétaire : Emplois, croissance et prospérité à long terme – Le Plan d'action économique de 2013*, « Annexe 2 – Mesures fiscales : Renseignements supplémentaires et Avis de motion de voies et moyens », tableau A2.1 et pp. 382-384, sous la rubrique « Opérations de requalification », 21 mars 2013.

⁴² CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2013-092, « Le ministère des Finances propose des modifications techniques aux règles transitoires applicables à la mesure sur les opérations de requalification annoncée dans le Plan d'action économique de 2013 », 11 juillet 2013 et document d'information annexé.

⁴³ *Id.*

⁴⁴ Extraits du document d'information du 11 juillet 2013 du ministère des Finances :

« Période transitoire – contrats de courte durée

[...] l'application des mesures transitoires, proposées dans le Plan d'action économique de 2013, serait prolongée jusqu'à la fin de 2014 en ce qui a trait aux contrats dérivés à terme conclus avant le 21 mars 2013 dont les modalités prévoient le règlement définitif du contrat avant 2015. Les contribuables disposeraient ainsi d'un délai supplémentaire pour délaissier les structures de contrats dérivés à terme antérieures au dépôt du budget. Pour bénéficier des mesures transitoires, les contribuables devront tenir compte des limites de croissance [...]. Les fonds de placement qui respectent ces limites auraient donc jusqu'à la fin de 2014 pour délaissier leurs structures de contrats dérivés à terme tout en continuant de bénéficier des mesures transitoires.

(à suivre...)

permettra aux contribuables de disposer d'une période supplémentaire pour s'ajuster et potentiellement délaissier ces structures. Les mesures transitoires s'appliquent seulement si les fonds utilisant de telles structures respectent des limites de croissance du montant notionnel des contrats qui sont détaillées dans le document d'information du ministère des Finances⁴⁵.

(...suite)

Cette période transitoire prolongée s'appliquerait dans le cas où la durée d'un contrat dérivé à terme est prolongée jusqu'à la fin de 2014 au plus tard ou dans le cas où un contrat dérivé à terme fait partie d'une série de contrats qui prend fin avant 2015. [...]

La mesure sur les opérations de requalification annoncée dans le Plan d'action économique de 2013 s'applique à un contrat ou à une série de contrats d'une durée de plus de 180 jours. Il a été proposé que cette mesure s'applique aux contrats conclus après le 20 mars 2013. [...]

Il est proposé de modifier les mesures transitoires de façon que les contrats conclus avant le 21 mars 2013 soient pris en compte lorsqu'il s'agit de déterminer si la durée d'une série de contrats s'étend sur plus de 180 jours. Il est à noter que cette modification proposée s'appliquera prospectivement, de sorte que les contrats dérivés à terme conclus après le 20 mars 2013 et avant la date d'aujourd'hui bénéficieraient d'une période transitoire d'au moins 180 jours. [...]

Période transitoire – contrats de longue durée

Les mesures transitoires s'appliqueraient au-delà de 2014 aux contrats dérivés à terme dont le règlement définitif est prévu après 2014, pourvu que les limites de croissance [...] soient respectées. Afin de veiller à ce que la période d'application des mesures transitoires aux fonds de placement demeure raisonnable, il est proposé que ces mesures ne s'appliquent pas aux achats ou ventes de biens effectués après le 21 mars 2018 dans le cadre d'un contrat dérivé à terme. [...]

45

« Limites de croissance

Selon les modifications techniques proposées, les mesures transitoires ne s'appliqueront pas aux contrats dérivés à terme dont le montant notionnel (c'est-à-dire, la valeur de la participation de référence à un moment donné) après le 20 mars 2013 excède le total des sommes suivantes :

- le montant notionnel du contrat immédiatement avant le 21 mars 2013;
- toute augmentation du montant notionnel du contrat après le 20 mars 2013 qui découle de hausses de la valeur de la participation de référence et non de nouveaux placements dans le contrat, déduction faite des diminutions du montant notionnel du contrat après le 20 mars 2013 qui découlent de baisses de la valeur de la participation de référence;

(à suivre...)

Depuis l'annonce de ces mesures, la quasi-totalité des fonds communs de placement en fiducie et en société qui utilisaient des opérations de « requalification » ont dû être fermés aux nouveaux investissements compte tenu des contraintes de croissance annoncées. Les détenteurs d'unités de fiducies de fonds communs de placement ou d'actions de sociétés de fonds communs de placement, qui détenaient celles-ci avant l'annonce du budget, pourront cependant bénéficier des avantages des contrats dérivés à terme sur des périodes variant de quelques mois à quelques années, selon le moment de l'expiration des contrats en cours. Bien que ces produits soient appelés à disparaître une fois les contrats en cours échus, comme de nombreux produits existeront encore selon les modalités actuelles pendant plusieurs années⁴⁶, il est important d'en expliquer le fonctionnement.

(...suite)

- le montant de tout règlement du contrat après le 20 mars 2013 qui est réinvesti dans le contrat (notamment à la suite d'un règlement partiel, ce qui aurait pour effet de diminuer le montant notionnel du contrat) ou qui est réinvesti dans un contrat dérivé à terme de remplacement – par conséquent : toute augmentation du montant notionnel d'un contrat dérivé à terme qui se produit immédiatement après une diminution de ce montant dans le cadre d'un rééquilibrage du contrat n'aurait pas pour effet d'exclure le contrat de l'application des mesures transitoires, pourvu que le rééquilibrage ne donne pas lieu à une augmentation nette du montant notionnel du contrat. Dans le cas où un fonds de placement conclut de nouveaux contrats dérivés à terme faisant l'objet d'un « rollover » qui font partie d'une série, chacun des nouveaux contrats serait assujéti aux limites de croissance comme si la série de contrats était un contrat unique;
- le montant de toute encaisse immédiatement avant le 21 mars 2013 qu'il est raisonnable de considérer comme ayant fait l'objet d'un engagement d'investissement dans le cadre du contrat avant cette date;
- les sommes investies dans le contrat au moyen du produit tiré de l'exercice, après le 20 mars 2013, d'une option de sur-attribution relative à un placement de titres, dans le cas où le contrat a été conclu, et l'option octroyée, avant le 21 mars 2013;
- les augmentations du montant notionnel du contrat non mentionnées ci-dessus qui se produisent après le 20 mars 2013 et avant la date d'aujourd'hui, jusqu'à concurrence de 5 % du montant notionnel du contrat immédiatement avant le 21 mars 2013. »

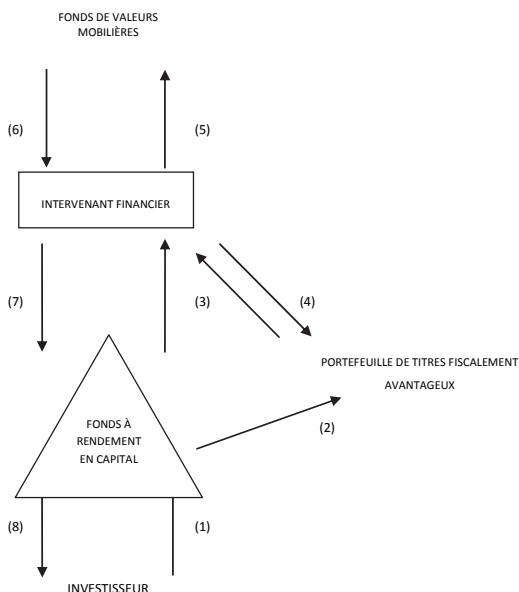
⁴⁶ Certaines firmes de gestion de fonds communs de placement consultées dans le cadre de la rédaction du présent texte ont des fonds utilisant des contrats allant jusqu'en 2017.

2.3.1. Structure

Les fonds à rendement en capital procurent un avantage fiscal équivalant à celui des fonds communs de placement constitués en société. La structure mise en place pour les fonds à rendement en capital est toutefois plus complexe que celle des sociétés de placement à capital variable, dont le fonctionnement est passablement simple.

Le fonds à rendement en capital n'est le plus souvent pas constitué en société; il est généralement constitué en fiducie. Les distributions des revenus réalisés par les placements détenus peuvent être versées sous la forme de revenu, de remboursement de capital ou de gain en capital net réalisé. Bien que les trois possibilités existent, le plus souvent, il s'agit de remboursement de capital, qui n'est pas forcément versé au détenteur de parts si celui-ci décide de ne pas recevoir de distributions.

Voici une illustration⁴⁷ de la structure d'un fonds pouvant générer du rendement en capital :



⁴⁷ Illustration inspirée de TD Fonds mutuels. « Un canevas pour l'efficacité fiscale », Feuillet explicatif, juin 2007.

Lorsqu'un investisseur achète des parts d'un fonds à rendement en capital, les sommes sont déposées dans la fiducie (1). Celle-ci achète ensuite un portefeuille d'actions ne donnant pas droit à des dividendes ou d'autres titres ne donnant lieu qu'à du gain en capital lors de la disposition (2). La fiducie vend ensuite le rendement du portefeuille de titres fiscalement avantageux à un intervenant financier⁴⁸, moyennant des frais, par le biais d'un contrat à terme (3). Cet intervenant effectue ensuite une vente à découvert⁴⁹ du portefeuille de titres fiscalement avantageux pour en percevoir le produit (4). Avec les liquidités découlant de cette opération, l'intervenant achète un ensemble de titres correspondant au mandat de la fiducie de fonds commun de placement (par exemple : stratégie d'obligations gouvernementales canadiennes, stratégie d'obligations de sociétés américaines) (5). Détenant ainsi les actifs pour le compte de la fiducie, l'intervenant reçoit le rendement du panier de titres (6). Le rendement est ensuite remis à la fiducie, déduction faite des frais, par suite du règlement du contrat à livrer (7). Le rendement est ainsi considéré comme du gain en capital. Enfin, si l'investisseur choisit de recevoir des flux de trésorerie (8), ceux-ci seront considérés comme du remboursement de capital.

2.3.2. Avantages et inconvénients

La plupart des avantages que procurent les fonds structurés en société sont également vrais pour les fonds à rendement en capital. Report d'impôt, plus-value reportée, « requalification » du type de revenu – tous des attributs qui sont fort utiles afin de mieux planifier fiscalement les placements. De plus, bien qu'elle soit exceptionnelle dans le cas des sociétés de placement à capital variable, la probabilité de se voir verser du revenu d'intérêts ou de dividendes est nulle pour les fonds à rendement en capital, compte tenu du fait que les contrats dérivés à terme sont proportionnellement reliés aux actifs sous gestion dans le fonds. Le fonds à rendement en capital permet de recevoir des distributions libres d'impôt aussi longtemps que l'on ne dispose pas du placement.

⁴⁸ Dans le langage financier courant, cet intervenant qui est généralement une institution financière, le plus souvent une des grandes banques à charte canadiennes, est souvent appelé « contrepartie » (*counterparty*).

⁴⁹ La vente à découvert est une disposition d'un ou de plusieurs actifs financiers que l'on ne détient pas au moment de la négociation mais qu'on peut se procurer entre la date de négociation et le terme de l'opération. Les actifs sont habituellement empruntés pour effectuer la vente à découvert.

Il existe cependant certaines contraintes relatives à cette gamme d'instruments financiers. D'abord, il faut faire attention aux frais de contrepartie servant à mettre en place la structure. Généralement, le RFG dévoilé pour un fonds donné inclut l'ensemble des charges déduites du rendement brut du portefeuille de placement sous-jacent. Cependant, en ce qui concerne les fonds à rendement en capital, les frais de contrepartie s'ajoutent. À fonds égaux, le fonds à rendement en capital sera donc plus onéreux que le fonds en fiducie sans mécanisme de contrepartie. Les frais sont généralement entre 0,3 % et 0,4 %, ce qui est peu si on peut profiter de l'avantage fiscal dégagé mais inutile si on est dans un compte enregistré.

Un autre désavantage potentiel concerne l'imposition. Comme le produit fait diminuer le PBR de l'investissement du même montant que le remboursement de capital annuel, l'investisseur doit payer une facture d'impôt importante à la disposition du placement. Il doit planifier qu'il recevra du revenu exempt d'impôt pour une certaine période tout en prévoyant des provisions pour régler la facture fiscale en fin de compte.

Il faut par conséquent connaître et évaluer les besoins spécifiques du client avant de décider d'un investissement dans ce genre de produit financier, dont les alléchants avantages peuvent causer de mauvais choix par rapport à d'autres options disponibles.

2.4. FONDS DE CATÉGORIE T

2.4.1. Fonctionnement et avantages

Les fonds de catégorie (ou série) T sont une autre forme de fonds communs de placement pouvant procurer certains avantages fiscaux. Généralement structurés en fiducies, ils ont pour principal objectif de verser un revenu mensuel régulier d'un certain pourcentage du montant initial investi, peu importe le rendement des placements sous-jacents. Si on parle d'un fonds commun de placement de catégorie T5, ou T8 par exemple, il s'agit d'un fonds distribuant 5 % ou 8 % du montant initial investi chaque année.

Au premier coup d'œil, cela ressemble étrangement à un vulgaire programme de retraits systématiques. Il existe par contre des nuances. Si un investisseur veut se procurer un revenu par le biais de ventes automatiques, il est imposé dans l'année où ce revenu est reçu. Les fonds de catégorie T, quant à eux, distribuent un pourcentage fixe de la valeur du placement au moment de l'achat ou au début de l'année civile, peu importe le rendement des placements, ce qui permet de retirer le revenu sans nécessairement être

imposé si une partie du rendement est sous la forme de remboursement de capital. Toute distribution excédant le revenu net du fonds sera considérée comme un remboursement de capital, mais avec une diminution du PBR équivalente⁵⁰.

Au début de chaque année, le fonds de catégorie T tient compte de la valeur marchande du placement à la fin de l'année précédente pour déterminer le montant de la distribution. Par exemple, si le prix par part est de 11,50 \$ au 31 décembre et que le fonds est en catégorie T5, la distribution annuelle sera de 0,575 \$ par part, que l'on divisera ensuite par 12 mois pour obtenir le revenu mensuel. S'il y a distributions supplémentaires à ce montant en fin d'année (par exemple, rendements importants, distributions élevées de dividendes ou d'intérêts), elles sont réinvesties automatiquement pour le compte de l'investisseur. S'il n'y a pas suffisamment de revenu généré par les placements sous-jacents pour atteindre le taux de distribution, le reste des versements est comblé par du remboursement de capital. Tout le revenu généré par les placements détenus dans la fiducie donne lieu à la délivrance de Feuilles T3 en fin d'exercice, incluant la partie de la distribution sous forme de remboursement de capital (s'il y a lieu). Comme ce remboursement de capital n'est pas imposable dans l'année où il est reçu, il sert à réduire le PBR du montant initial investi. Le PBR des parts serait donc calculé ainsi :

$$\begin{aligned} & (\text{PBR} + \text{montant des unités de fiducie ou des actions de société réinvesties}) \\ & \quad - \text{distributions sous forme de remboursement de capital} \\ & \quad = \text{PBR de l'investissement} \end{aligned}$$

2.4.2. Applications

Bien que cela ne soit pas évident au premier abord, ce type de placement permet à un investisseur dont les sommes servent à se procurer un revenu de faire fructifier une plus grande partie du montant investi pour trois raisons principales. Premièrement, comme le revenu obtenu par l'investisseur du fonds est en partie du remboursement de capital, et puisque le remboursement de capital ne donne pas lieu à un impôt dans l'année où le revenu est reçu mais bien à la vente du placement, il a besoin d'un retrait annuel moins important pour combler ses besoins (financés à partir de son revenu net).

⁵⁰ Fonds BMO Guardian de catégorie T. « Des solutions de rechange aux placements classiques productifs de revenu ».

L'exemple suivant⁵¹, bien que sommaire, donne une idée du taux de distribution requis par un placement de 100 000 \$ pour générer environ 5 000 \$ de revenu net à un particulier résidant au Québec, imposé au plus haut taux marginal combiné personnel pour l'année d'imposition 2013.

	Intérêt	Dividende	Gain en capital	Remboursement de capital
Placement initial	100 000 \$	100 000 \$	100 000 \$	100 000 \$
Taux de distribution	10,00%	7,72%	6,67%	5,00%
Revenu avant impôt	10 000,00 \$	7 720,00 \$	6 670,00 \$	5 000,00 \$
Taux marginal	49,97%	35,22%	24,99%	0%
Impôt payé l'année où le revenu est reçu	4 997,00 \$	2 718,98 \$	1 666,50 \$	- \$
Revenu après impôt	5 003,00 \$	5 001,02 \$	5 003,50 \$	5 000,00 \$

Il y a donc des similitudes avec certains types de produits d'assurance tels que les rentes prescrites, dont une partie du revenu seulement est imposable⁵².

Deuxièmement, lorsque les marchés boursiers font piètre figure, une plus grande partie du rendement sera sous forme de remboursement de capital, ce qui permet aux avoirs plus volatils de reprendre leur valeur et ainsi d'éviter de cristalliser des pertes en capital à un moment inopportun. À l'inverse, lorsque les marchés progressent et que la plus-value est réinvestie, elle s'accroît en composition avec le capital, ce qui se traduit par une exposition à la croissance du marché d'une plus grande partie du capital de l'investisseur. La formule permet d'optimiser distributions et croissance pour un investisseur à revenu, puisque le revenu est toujours versé à l'investisseur pendant que des titres prenant de la valeur ne sont pas vendus pour générer le revenu en question.

⁵¹ Cet exemple ne tient pas compte de l'impôt latent attribuable à la diminution future du PBR. Il a pour objectif de démontrer de manière simple que le type de revenu brut reçu dans une année donnée a une incidence importante sur le pourcentage de rendement nécessaire afin de financer les besoins de revenu de retraite.

⁵² Si une rente prescrite qui remplit les conditions requises est souscrite, chaque versement effectué se compose d'un élément capital et d'un élément intérêts, l'élément capital n'étant pas assujéti à l'impôt sur le revenu. Voir, notamment, les alinéas 56(1)d), 60a) et le paragraphe 148 L.I.R. et les alinéas 300(2)b) et 304(1)a) à 304(1)c) R.I.R. pour plus de détails.

Troisièmement, compte tenu du mécanisme de réduction du PBR⁵³, il y a report d'impôt jusqu'à la disposition du placement sur le remboursement de capital obtenu. Evidemment, report ne signifiant pas évitement, une facture d'impôt devant être payée ultérieurement s'accumule sur les versements reçus.

Si, par exemple, un investisseur résidant au Québec imposé au taux marginal supérieur fait un placement pour une durée de cinq ans dans un fonds de catégorie T dans un compte non enregistré, générant un taux de rendement annuel de 8 % et dont le taux de distribution annuel est de 5 %, voici le sommaire du placement et de l'impôt au terme des cinq années de détention du placement⁵⁴ :

(A) Placement initial : 100 000 \$

(B) Revenu reçu (remboursement de capital) : 26 546 \$

(C) PBR [(A) - (B)] : 73 454 \$

(D) Valeur de marché de clôture : 115 927 \$

(E) Gain en capital [(D) - (C)] : 42 473 \$

(F) Impôt sur gain en capital [(E) × 24,99 %] : 10 614 \$

(G) Valeur de marché de clôture + revenu reçu [(D) + (B)] : 142 473 \$

Dans cet exemple, l'investisseur a obtenu un revenu à imposition différée de 5 000 \$ par année pendant cinq ans, en plus de connaître une croissance de 15 927 \$ du capital investi.

Un autre exemple de situation où les fonds de catégorie T peuvent être intéressants est celle d'un investisseur qui voudrait investir dans des placements à revenu fixe dans le contexte de faibles taux d'intérêt actuel⁵⁵ et qui a besoin d'une distribution plus élevée que le revenu courant des obligations détenues. Comme l'investisseur peut recevoir du remboursement

⁵³ Al. 53(2)h) L.I.R.

⁵⁴ Tous les montants sont arrondis au dollar près.

⁵⁵ Le 8 novembre 2013, le taux d'une obligation 10 ans du gouvernement du Canada était de 2,604 %. Source : Thomson Reuters.

de capital sans devoir vendre des obligations chaque année, il n'engrange pas son capital et n'est pas dans l'obligation de vendre des obligations chaque année pour subvenir à ses besoins.

L'application la plus courante des fonds de catégorie T concerne ainsi les particuliers à la retraite retirant des sommes régulières de leur portefeuille pour subvenir à leurs besoins. La situation financière et fiscale des contribuables concernés doit être prise en considération pour déterminer la pertinence d'un investissement dans un tel fonds, puisqu'un investisseur ne payant peu ou pas d'impôt ne jouira pas autant des avantages d'un tel type de placement. Comme les frais sont généralement plus élevés sur ce type de produit que sur des fonds communs de placement plus « conventionnels », si un investisseur voulait, par exemple, investir dans un fonds équilibré mais qu'il ne payait peu ou pas d'impôt, celui-ci pourrait se tourner vers un fonds répondant à ses besoins sans se soucier du mécanisme de retrait automatique. Également, un investisseur utilisant les revenus sur ses placements non enregistrés uniquement pour des besoins secondaires peut se passer d'un tel produit financier.

3. BILLETS DONT LE RENDEMENT EST LIÉ À DES ACTIFS SOUS-JACENTS

Les billets dont le rendement est lié à des actifs sous-jacents (aussi appelés « billets liés » dans le langage courant) sont de plus en plus populaires auprès des conseillers financiers⁵⁶, notamment à cause de leur grande diversité et de caractéristiques de protection totale ou partielle du capital initial investi. Les stratégies de placement de ces produits sont en constante évolution et leurs incidences fiscales sont parfois méconnues – ou mal exploitées. Le montant qui serait normalement à inclure dans le revenu du détenteur d'un billet serait fonction du revenu reçu ou du revenu couru⁵⁷. Cependant, les billets dont le rendement est lié à un ou des actifs sous-jacents ne portent généralement pas d'intérêt couru. Un billet de ce type est une créance visée par le *Règlement de l'impôt sur le revenu*, ce qui implique que l'investisseur cumule, selon le cas, le montant des intérêts et les primes de rendement pouvant être reçus à l'égard de cette créance au cours de sa durée, en fonction du montant maximal pouvant être reçu selon

⁵⁶ Pour être en mesure de négocier ce type de produit, un conseiller doit être inscrit à titre de représentant d'un courtier en valeurs mobilières de plein exercice auprès de l'Organisme canadien de réglementation des courtiers en valeurs mobilières du Canada (OCRCVM), soit un conseiller en placement associé, un conseiller en placement, un gestionnaire de portefeuille associé ou un gestionnaire de portefeuille.

⁵⁷ Al. 12(1)c) et par. 12(3) et 12(4) L.I.R.

les dispositions de la créance⁵⁸. Si l'on se fie aux pratiques administratives actuelles de l'ARC, aucune accumulation réputée de montants qui sont fonction des règles visant des billets dont le rendement est lié à des actifs sous-jacents ne devraient être inclus au revenu de l'investisseur avant la date d'évaluation de la valeur du billet (le plus souvent, la date d'échéance). Quelques interprétations techniques⁵⁹ et une décision anticipée de l'ARC⁶⁰ reconnaissent que le calcul exact du montant d'intérêt couru en fonction du montant maximal que l'investisseur pourrait recevoir peut s'avérer complexe (voire impossible) à réaliser étant donné qu'il y a rarement de rendement maximal prévu au contrat⁶¹. Également, l'investisseur pourrait se voir imposé sur un revenu couru basé sur un montant d'intérêt potentiel maximal à l'échéance alors que ce rendement pourrait ne jamais être obtenu par le détenteur du billet.

3.1. DÉFINITIONS

Les billets sont des titres de créance qui, sur les marchés publics accessibles aux particuliers et organisations, sont généralement émis par des institutions financières pour des périodes de courte à moyenne durée. Le rendement de ces billets est généralement à taux fixe, payé périodiquement, et le capital et les intérêts sont garantis par la cote de crédit de l'institution émettrice. Contrairement à des obligations toutefois, ils ne sont pas garantis par des actifs et sont considérés comme du papier dans la structure de capitaux de la société émettrice. Le rendement de tels billets peut également être bonifié d'un rendement lié à celui d'un indice (par exemple, indice boursier), d'un panier de valeurs, d'un élément d'actif précis ou d'une stratégie financière précise. On parle ici de billets à capital protégé. Ces billets versent de l'intérêt à leurs détenteurs et il n'y a généralement pas de marché secondaire organisé par les émetteurs. Il arrive qu'il y ait un marché secondaire avec l'institution émettrice d'un billet, auquel cas ce dernier se négociera à un prix offert par l'institution émettrice selon plusieurs facteurs dont les taux d'intérêt du marché et la cote de crédit de l'émetteur. Il n'y a

⁵⁸ Pour plus de renseignements à cet égard, voir l'article 7000 R.I.R.

⁵⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 9719753, 3 octobre 1997 et 9806325, 24 mars 1998.

⁶⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Décision en matière d'impôt sur le revenu* ATR-61 (archivé), « Règles relatives à l'intérêt couru », 20 avril 1995.

⁶¹ Paule GAUTHIER, « Partie B – Produits financiers d'aujourd'hui », dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 35:29-52, à la page 35:36.

guère d'incidence fiscale positive possible avec ce type de billet et, par conséquent, il n'y a pas d'intérêt à en discuter plus longuement dans ces lignes.

Aujourd'hui, des billets dont le rendement est lié à des actifs sous-jacents tels que des indices boursiers, que la plupart des conseillers appellent également « produits structurés », existent sous toutes sortes de formes afin de répondre à des besoins précis de planification financière. La plupart de ces billets n'offrent pas de protection sur le capital investi, puisque le rendement du billet est uniquement fonction du rendement de l'actif sous-jacent. Contrairement aux billets à capital protégé, qui sont assortis d'une garantie bancaire sur le capital initial investi, les billets à capital non protégé peuvent occasionner des pertes pour les détenteurs si les éléments d'actif sous-jacents perdent leur valeur en partie ou en totalité. Une institution financière peut, par exemple, émettre un billet à capital non protégé, s'engageant auprès de l'investisseur à placer le montant investi dans des actions, des obligations, des options ou d'autres valeurs mobilières. La JVM du billet est de ce fait liée au rendement des titres sous-jacents, comme s'il s'agissait d'un fonds commun de placement.

3.2. APPLICATIONS

La JVM ne fluctuera naturellement pas pour n'importe quel type de billet lié, et ce ne sont pas tous les billets qui ont les mêmes caractéristiques. Pour qu'un billet permette d'obtenir certains avantages fiscaux, il doit avoir un certain nombre de particularités.

- Liquidité : le placement doit pouvoir être négocié avant la date d'échéance, préférablement quotidiennement à la JVM moins les frais.
- Distribution : la politique de distribution du billet doit idéalement être de verser le capital, plus ou moins la fluctuation des placements sous-jacents, moins les frais, à la date d'échéance du billet.
- Types de revenus : les placements sous-jacents doivent de préférence pouvoir être optimisés⁶² si on veut tirer le maximum de la structure.

Sous réserve des restrictions et des réserves énoncées sous la rubrique « Incidences fiscales » dans le bulletin d'information, le prospectus ou le

⁶² En changeant tous les types de revenus, y compris lorsqu'ils proviennent d'opérations multiples, en un seul gain en capital.

supplément de fixation du prix d'un billet à capital non protégé dont le rendement est lié à des actifs sous-jacents, les billets peuvent être considérés comme des immobilisations, conformément à la définition de « titre canadien » au paragraphe 39(6) L.I.R.

Voici un exemple concret. Un billet à capital non protégé est émis pour une durée de cinq ans par une banque. Le rendement du billet au cours des cinq années sera lié à la fluctuation d'une stratégie de gestion d'actions américaines et versé à la date d'échéance. La banque délivre un prospectus et une notice d'offre confidentielle afin de récolter des sommes d'investisseurs potentiels pour un montant donné. Une fois les fonds récoltés par la banque, celle-ci achète les actions américaines déterminées par la stratégie pour le compte des détenteurs de billets. La banque effectue les changements appropriés au portefeuille selon la stratégie établie, comme le ferait un gestionnaire de fonds commun de placement. Tous les jours, la banque est acheteuse de billets, créant un marché pour les investisseurs voulant se défaire d'une portion ou de la totalité de leur investissement initial. Le cours qu'elle sera prête à payer sera égal à la JVM des placements sous-jacents, plus les revenus nets reçus, moins les frais de gestion annuels au prorata quotidien⁶³. Tous les revenus de dividendes ou d'intérêts versés ou les gains en capital et pertes en capital sur les opérations sont inclus dans le rendement du billet.

S'il est détenu jusqu'à échéance, le billet procurera un revenu d'intérêts. Toutefois, dans le contexte d'un rééquilibrage régulier ou ponctuel du portefeuille, ou encore pour des besoins de liquidité ou de réinvestissement dans un véhicule nouvellement émis, le billet pourrait être vendu avant l'échéance, entraînant ainsi la réalisation d'un gain en capital. Dans un tel contexte, les conséquences seraient les suivantes :

- différer l'impôt sur plusieurs années;
- limiter les incidences fiscales liées à de nombreuses opérations;
- recevoir du gain en capital uniquement, peu importe les revenus sous-jacents du portefeuille de titres.

Des stratégies financières de toutes sortes, certaines complètement sur mesure pouvant aller jusqu'à inclure des produits dérivés exotiques, se

⁶³ D'autres types de frais, par exemple des frais de négociation anticipés, peuvent s'appliquer.

négoçient avec les banques sous forme de billets à capital non protégé pour des montants de quelques millions de dollars seulement. De plus en plus de billets sont créés pour une distribution de masse auprès des courtiers en valeurs mobilières et de leurs représentants inscrits, à savoir les conseillers en placement et les gestionnaires de portefeuille. Tant que la banque crée un marché secondaire à la JVM, les incidences fiscales positives à la disposition peuvent avoir lieu. Certains créent même des structures afin de générer du remboursement de capital pendant la durée de détention du billet. Comme quoi un titre de créance peut faire beaucoup de chemin pour le compte de l'investisseur qui cherche à optimiser le rendement après impôts de ses placements, peu importe la nature de l'actif dans lequel on désire investir.

CONCLUSION

L'arrimage de la planification financière et de la planification fiscale est loin d'être évident. Bien qu'il y ait de nombreux professionnels ayant une pratique intégrée, la plupart se spécialisent soit dans la réalisation d'objectifs fiscaux, soit dans celle d'objectifs financiers. Les uns parlent un langage juridique et comptable, les autres un langage financier et actuariel, aucun n'osant se mêler du champ d'expertise de l'autre.

Pourtant, le présent texte montre que s'il existe un manque de cohésion entre les différents intervenants dans la gestion des avoirs d'un particulier ou d'une entité qui lui est associée, ou si le planificateur, conseiller ou gestionnaire n'a pas accès à tous les outils disponibles sur le marché, beaucoup d'argent est laissé sur la table – ou plutôt envoyé à l'impôt. Le choix des véhicules de placement devient d'autant plus important dans le contexte où les taux d'intérêt ont chuté, puisque la fluctuation à la hausse des titres à revenu fixe donne lieu à des planifications conjoncturelles qui s'ajoutent aux planifications structurelles déjà importantes. Alors que les investisseurs cherchent de plus en plus à être exposés à des titres axés sur le revenu, moins volatils que les actions de croissance, la planification fiscale des placements doit prendre une place de choix dans la boîte à outils du financier, tout en suscitant également l'intérêt et le réflexe de conseiller du fiscaliste.

Les véhicules mariant la planification financière et la planification fiscale permettent aujourd'hui de choisir, pour la même catégorie d'actifs, différentes versions du même produit permettant d'utiliser des pertes accumulées, de faire du fractionnement de revenu avec un enfant, de différer l'impôt à plus tard grâce à la croissance reportée, d'obtenir des flux de revenu avantageux grâce au remboursement de capital ou de mieux planifier les donations à des œuvres de bienfaisance. Les professionnels de la

planification et du placement devront demeurer vigilants au cours des prochaines années, alors qu'une tendance claire s'inscrit vers la gestion sur honoraire et la détention directe de titres par les épargnants. Cette façon de faire, bien qu'elle puisse être avantageuse pour les frais, la rentabilité des comptes de placement et l'image qu'elle projette auprès des clients, ne permet pas autant de planification que les structures que mettent en place les grandes firmes de gestion des avoirs. Le secteur financier devra rajuster les structures de gestion des placements aux nouvelles tendances fiscales à l'avenir afin que les meilleures pratiques émergent.

RÈGLES SUR LES « BIENS ÉVALUÉS À LA VALEUR DU MARCHÉ » DÉTENUS PAR LES INSTITUTIONS FINANCIÈRES : COMMENT S'Y RETRouver



Éric Gélinas

Avocat, LL. M., M. Fisc.

Professeur adjoint, département de fiscalité
Faculté d'administration, Université de Sherbrooke
Avocat-conseil, Lavery, de Billy, s.e.n.c.r.l.

PRÉCIS

L'auteur analyse les règles fiscales particulières concernant les « biens évalués à la valeur du marché » détenus par les institutions financières, en en indiquant l'objet. Ces règles se trouvent aux articles 142.2 à 142.6 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. L'auteur fait aussi état des diverses exceptions prévues par la loi qui font en sorte que certaines institutions financières ou certains biens que les institutions financières détiennent ne sont pas soumis à ces règles.

ABSTRACT

This paper reviews the specific tax rules provided by sections 142.2 to 142.6 of the *Income Tax Act* that pertain to “market-to-market property” held by financial institutions, and explains the purpose of these rules. The various

exceptions under the Act which are applicable to certain financial institutions or to certain property held by financial institutions are also addressed.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	709
1. TRAITEMENT FISCAL DES BIENS ÉVALUÉS À LA VALEUR DU MARCHÉ DÉTENUS PAR LES INSTITUTIONS FINANCIÈRES	710
2. NOTION D'INSTITUTION FINANCIÈRE	712
2.1. SOCIÉTÉS DE PERSONNES ET FIDUCIES CONSIDÉRÉES COMME DES INSTITUTIONS FINANCIÈRES	713
2.2. ENTITÉS EXCLUES DE LA DÉFINITION D'« INSTITUTION FINANCIÈRE »	716
3. DÉFINITION DE « BIEN ÉVALUÉ À LA VALEUR DU MARCHÉ ».....	717
3.1. « TITRE DE CRÉANCE DÉTERMINÉ »	718
3.2. « BIEN À ÉVALUER » ET « BIEN ÉVALUÉ À SA JUSTE VALEUR ».....	719
3.2.1. « Bien à évaluer ».....	719
3.2.2. « Bien évalué à sa juste valeur »	722
4. BIENS EXCLUS.....	726
4.1. ACTIONS D'UNE SOCIÉTÉ DANS LAQUELLE L'INSTITUTION FINANCIÈRE DÉTIENT UNE PARTICIPATION NOTABLE	726
4.2. ACTIONS D'UNE SOCIÉTÉ DONT LE CONTRÔLE A ÉTÉ ACQUIS DANS LES 24 MOIS (SUR PRODUCTION D'UN CHOIX)	729
4.3. BIENS VISÉS PAR RÈGLEMENT (ACTIONS DE PETITE ENTREPRISE NOTAMMENT).....	729
5. EFFET DES NORMES COMPTABLES SUR LES TITRES DE CRÉANCE DÉTERMINÉS	731
6. REVENUS PROVENANT DE LA DÉTENTION OU DE LA DISPOSITION D'UN TITRE DE CRÉANCE DÉTERMINÉ.....	734
6.1. TITRE DE CRÉANCE DÉTERMINÉ CONSIDÉRÉ COMME UN BIEN ÉVALUÉ À LA VALEUR DU MARCHÉ.....	735
6.2. TITRE DE CRÉANCE DÉTERMINÉ QUI N'EST PAS CONSIDÉRÉ COMME UN BIEN ÉVALUÉ À LA VALEUR DU MARCHÉ.....	735
7. DISPOSITIONS RÉPUTÉES DIVERSES	738
7.1. CONSÉQUENCES DU CHANGEMENT DE STATUT D'UNE INSTITUTION FINANCIÈRE.....	738
7.2. CESSATION DE PARTICIPATION NOTABLE.....	739
CONCLUSION	740

INTRODUCTION*

Les règles relatives aux « biens évalués à la valeur du marché » (« BÉVM ») détenus par des institutions financières sont complexes et leur application est susceptible d'engendrer des conséquences fiscales inattendues dans diverses situations. Il est donc fondamental de bien cerner le champ d'application de ces règles et de connaître les exclusions applicables. Le présent texte donne une vue d'ensemble des règles sur les BÉVM contenues aux articles 142.2 à 142.6 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹.

Ces règles ont été annoncées dans le cadre du Budget fédéral du 22 février 1994² et adoptées en 1995³, puis modifiées de façon importante en 2009⁴ pour « assurer une meilleure concordance des règles fiscales avec les normes comptables énoncées par le Conseil des normes comptables qui sont entrées en vigueur le 1^{er} octobre 2006 »⁵.

* L'auteur tient à remercier M. Gilles Henley, CPA, CA, associé, Gestion des risques et recherche en comptabilité, Raymond Chabot Grant Thornton, pour la révision de la section 5. du présent texte. Toute erreur ou omission demeure cependant la responsabilité entière de l'auteur.

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

² CANADA, ministre des Finances, *Budget 1994*, 22 février 1994; *Communiqué* 1995-014, « Dépôt d'un projet de loi concernant l'impôt sur le revenu », 16 février 1995; *Notes explicatives* accompagnant le Projet de loi C-70, février 1995.

³ *Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu, les Règles concernant l'application de l'impôt sur le revenu et des lois connexes*, L.C. 1995, ch. 21, sanctionnée le 22 juin 1995, art. 58 applicable, de façon générale, aux années d'imposition qui se terminent après le 22 février 1994, mod. par L.C. 1998, ch. 19, art. 163 à 167, L.C. 1999, ch. 22, art. 57 et L.C. 2001, ch. 17, art. 137 et 219.

⁴ *Loi d'exécution du budget de 2009*, L.C. 2009, ch. 2, sanctionnée le 12 mars 2009, art. 46 à 49 applicables, de façon générale, aux années d'imposition commençant après septembre 2006.

⁵ CANADA, ministre des Finances, *Communiqué* 2006-091, « Le nouveau gouvernement du Canada annonce des propositions visant à améliorer l'imposition des institutions financières », 28 décembre 2006, et *Document d'information* annexé. Voir aussi *Communiqué* 2007-086, « Le gouvernement du Canada propose des mesures pour améliorer le régime d'imposition des institutions financières », 7 novembre 2007, et le document connexe *Propositions législatives et notes explicatives concernant l'imposition des institutions financières*, p. 58 à 71. Voir, enfin, les *Notes explicatives* correspondant au Projet de loi C-10 déposé le 6 février 2009. La prise d'effet des nouvelles règles fiscales a été fixée, de façon générale, aux années d'imposition (à suivre...)

Elles font notamment en sorte que les institutions financières s'imposent, annuellement, sur l'augmentation de valeur des BÉVM qu'elles détiennent à la fin de chaque année d'imposition. Le régime relatif aux BÉVM contient des règles de dispositions réputées. De plus, des règles particulières s'appliquent aux « titres de créance déterminés » (« TCD ») lorsque ceux-ci ne constituent pas des BÉVM.

Ce régime recèle un aspect comptable important qui influe sur la désignation d'un actif financier en tant que BÉVM aux fins fiscales.

Le présent texte n'est pas un article exhaustif sur l'ensemble des règles du régime des BÉVM. Il en décrit simplement les éléments principaux. Nous n'avons répertorié aucune décision des tribunaux en lien avec les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* concernant les BÉVM. En conséquence, notre analyse renvoie essentiellement aux positions administratives de l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») et aux documents publiés par le ministère des Finances du Canada.

1. TRAITEMENT FISCAL DES BIENS ÉVALUÉS À LA VALEUR DU MARCHÉ DÉTENUS PAR LES INSTITUTIONS FINANCIÈRES

Les buts visés par l'adoption des règles sur les BÉVM sont décrits dans les documents budgétaires déposés par le ministre des Finances Paul Martin à la Chambre des communes le 22 février 1994, à l'occasion de la présentation du budget⁶. L'adoption des règles sur les BÉVM avait pour objet de clarifier le traitement fiscal des titres détenus par les institutions financières, notamment en ce qui a trait :

- à la question de savoir « si certains profits ou pertes relèvent de l'exploitation courante et doivent donc être entièrement pris en compte dans le calcul du revenu ou s'ils sont imputables au capital et sont donc assujettis au régime fiscal des gains en capital »;

(...suite)

débutant après septembre 2006 en conséquence de l'adoption des nouvelles normes comptables énoncées par le Conseil des normes comptables qui étaient entrées en vigueur le 1^{er} octobre 2006.

⁶ CANADA, ministre des Finances, *Budget 1994, Mesures fiscales : renseignements supplémentaires*, 22 février 1994, p. 22 à 25.

- à « la mesure dans laquelle les profits et les pertes sur valeurs mobilières doivent être pris en compte pendant que les valeurs sont détenues »⁷.

Sur la première question, le budget proposait « que les profits et les pertes sur tous les titres (à l'exception des actions admissibles de petites entreprises) détenus par une institution financière dans le cours normal de ses activités soient imputables à son revenu lorsque l'institution en dispose après le 21 février 1994 »⁸.

Quant au second point :

« Pour répondre à ces préoccupations, le budget propose que certaines valeurs mobilières soient évaluées au marché, ce qui signifie que leur hausse ou leur perte de valeur au cours de chaque année d'imposition devrait être constatée au cours de l'année. Cette exigence s'appliquera aux valeurs mobilières acquises dans le cours normal des activités qui sont des titres de participation ou des titres d'emprunt comptabilisés comme des placements temporaires depuis leur acquisition. Cette mesure s'appliquera aux années d'imposition se terminant après le 22 février 1994. Des règles transitoires permettront d'étaler sur cinq ans toute hausse éventuelle du revenu résultant de l'adoption de l'évaluation au marché (réduite de toute perte nette subie à la disposition effective de titres de ce genre au cours de l'année d'imposition courante)⁹. »

À la suite de ces propositions budgétaires, en vertu du paragraphe 142.5(2) L.I.R., les institutions financières doivent, depuis le 22 février 1994, tenir compte, dans le calcul de leur revenu, des gains et des pertes non réalisés à la fin de chaque année d'imposition à l'égard des BÉVM qu'elles détiennent, peu importe que ces biens aient fait l'objet d'une disposition réelle ou non. La disposition réputée des BÉVM en vertu de ce paragraphe n'entraîne pas un gain en capital ou une perte en capital, mais plutôt un bénéfice qui doit être inclus, ou une perte qui doit être déduite, dans le calcul du revenu de l'institution financière.

L'imposition des TCD se fait différemment selon qu'un TCD est considéré comme un BÉVM ou non. La modification à certaines dispositions du *Manuel de l'ICCA*¹⁰ ayant eu lieu à partir du 1^{er} octobre 2006 a eu un

⁷ *Id.*, p. 23.

⁸ *Id.*

⁹ *Id.*

¹⁰ INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, *Manuel de l'ICCA – Comptabilité*, Toronto, ICCA (« *Manuel de l'ICCA* »).

effet direct sur la question de savoir si un TCD était ou non un BÉVM. Il sera question de ces règles comptables plus amplement à la section 5. du présent texte.

2. NOTION D'INSTITUTION FINANCIÈRE

L'expression « institution financière » aux fins de l'application des règles sur les BÉVM est définie au paragraphe 142.2(1) L.I.R.

Cette expression comprend les banques, les sociétés titulaires de licences ou par ailleurs autorisées par la législation fédérale ou provinciale à exploiter au Canada une entreprise d'offre au public de services de fiduciaire, les caisses de crédit, les compagnies d'assurances et les autres sociétés dont l'activité principale consiste à prêter de l'argent à des personnes avec lesquelles ces sociétés n'ont aucun lien de dépendance ou à acheter des titres de créance émis par ces personnes¹¹. Elle comprend aussi les sociétés qui sont des courtiers en valeurs mobilières inscrits (que nous appellerons par commodité « sociétés de courtage en valeurs mobilières »)¹².

De plus, selon le sous-alinéa a)(iii) de la définition d'« institution financière », au paragraphe 142.2(1) L.I.R., les sociétés contrôlées par une ou plusieurs institutions financières sont aussi considérées comme des institutions financières aux fins des règles sur les BÉVM. Ainsi, non seulement les institutions financières elles-mêmes seront visées, mais aussi les filiales contrôlées par une institution financière et les sous-filiales dès lors que celles-ci sont contrôlées par les filiales considérées comme des institutions financières, et ce, sans égard à la nature de l'entreprise exploitée par une telle filiale ou sous-filiale. Il importe donc de connaître l'identité des actionnaires d'une société et le nombre de voix détenues par ceux-ci afin de déterminer si celle-ci pourrait être considérée comme une institution financière assujettie aux règles sur les BÉVM.

¹¹ Le sous-alinéa a)(i) de la définition d'« institution financière » au paragraphe 142.2(1) L.I.R. renvoie aux alinéas a) à e.1) de la définition d'« institution financière véritable » au paragraphe 248(1) L.I.R.

¹² S.-al. a)(ii) de la définition d'« institution financière » au paragraphe 142.2(1) L.I.R. et définition de « courtier en valeurs mobilières » au paragraphe 142.2(1) L.I.R.

2.1. SOCIÉTÉS DE PERSONNES ET FIDUCIES CONSIDÉRÉES COMME DES INSTITUTIONS FINANCIÈRES

En vertu de l'alinéa b) de la définition d'« institution financière », au paragraphe 142.2(1) L.I.R., une fiducie ou une société de personnes dont plus de 50 % de la juste valeur marchande des participations sont détenues par une ou plusieurs institutions financières sera elle-même considérée comme une institution financière et deviendra assujettie aux règles sur les BÉVM à l'égard des BÉVM détenus. L'inclusion d'une société de personnes ou d'une fiducie dans le champ d'application de la définition d'« institution financière » vise à ce qu'il ne soit pas possible à une institution financière de se soustraire à l'application des règles sur les BEVM par le simple transfert de titres à de telles entités qui occasionnerait une détention indirecte de ceux-ci¹³.

En prenant l'exemple d'une société de personnes dont 60 % des parts sont détenues par des institutions financières, cette société de personnes deviendra elle-même assujettie aux règles sur les BÉVM à l'égard des placements détenus qui seront visés par ces règles. En conséquence, les détenteurs de parts de telles sociétés de personnes qui ne sont pas eux-mêmes considérés comme des institutions financières seront indirectement visés par ces règles à travers leurs parts dans de telles sociétés de personnes. Étant donné que l'ARC considère qu'une société de personnes est un contribuable aux fins des règles sur les BÉVM¹⁴, l'application de ces

¹³ Voir Denis LANGELIER, « Le retour du spectre des institutions financières – Partie A », dans *Congrès 95*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1996, pp. 11:5-38, à la page 11:8 :

« [...] Il convient de noter que cette dernière inclusion n'était pas prévue dans l'*Avis de motion des voies et moyens* initial [du 22 février 1994] et qu'elle fut probablement rajoutée afin de contrecarrer certaines planifications visant à transférer des titres hors d'institutions financières constituées en société afin d'éviter l'application des nouvelles règles. »

Voir aussi Analysis/Commentary – Canada Tax Service – McCarthy Tétrault – Mark-to-Market legislation, p. 6, *TaxnetPro*, Thompson Reuters :

« In general, this extension is designed to ensure that the application of the market-to-market legislation to securities held by financial institutions cannot be avoided by holding market-to-market property indirectly through another corporation, a trust or a partnership that would not otherwise be a financial institution. »

¹⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0182555, 8 juillet 2003.

règles à la société de personnes aura pour effet d'engendrer l'obligation pour cette dernière de tenir compte, annuellement, dans le calcul de son revenu, de l'augmentation ou de la baisse de valeur des BÉVM détenus, conformément à l'article 142.5 L.I.R. Ce faisant, l'ensemble des membres de la société de personnes (institution financière ou autre) sera touché, car la charge fiscale rattachée à l'application des règles sur les BÉVM réduira nécessairement les distributions de la société à ses membres.

Le fait qu'une société de personnes soit considérée comme un « contribuable » aux fins des règles sur les BÉVM ne veut pas dire que celle-ci a l'obligation de produire une déclaration de revenus distincte de celles que doivent produire ses associés, ce qui irait à l'encontre des règles établies par l'article 96 L.I.R. Tout comme d'autres types de revenus, le revenu provenant de l'application des règles sur les BÉVM est calculé selon les règles de l'article 96 L.I.R. et par la suite attribué aux associés qui doivent s'imposer sur ce revenu.

Le fait de considérer qu'une société de personnes est un contribuable aux fins de l'application des règles sur les BÉVM vise, selon toute vraisemblance, à ce que la détention par une société de personnes de biens qui constituent des BÉVM soit assujettie au régime sur les BÉVM. Si la société de personnes n'était pas considérée comme un contribuable à ces fins, il serait possible d'échapper à l'application des règles sur les BÉVM en raison du fait qu'une société de personnes n'est normalement pas considérée comme un contribuable aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et que les associés de la société de personnes ne sont normalement pas considérés comme détenant les biens de la société de personnes¹⁵.

Pour éviter l'application des règles sur les BÉVM, il sera donc nécessaire, dans les documents relatifs à une structure d'investissement comprenant une société de personnes (le plus souvent une société en commandite), de prévoir des clauses visant à faire en sorte que la détention de parts de la société de personnes par des institutions financières ne puisse excéder le seuil de 50 % mentionné précédemment.

À cet égard, il est important de rappeler que des filiales ou sous-filiales d'institutions financières, y compris de compagnies d'assurances, sont elles-mêmes considérées comme des institutions financières aux fins des

¹⁵ Voir, par exemple, les affaires *Ferme CGR enr., S.E.N.C. (Syndic de)*, 2010 QCCA 719, par. 67 et suiv. et *Laval (Ville de) c. Polyclinique médicale Fabreville, s.e.c.*, 2007 QCCA 426, par. 24.

règles sur les BÉVM. Il ne suffira donc pas d'interposer une filiale afin de se soustraire à l'application des BÉVM.

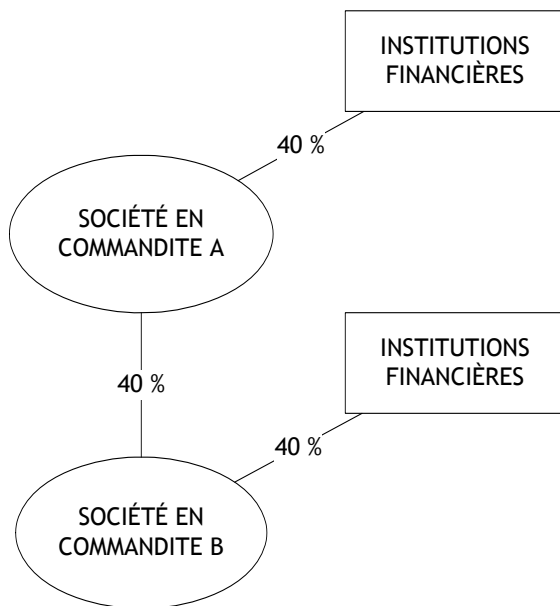
L'application des règles sur les BÉVM pourrait potentiellement être évitée dans un contexte d'investissement « fonds sur fonds »¹⁶ dans lequel des institutions financières détiennent des parts importantes. Par exemple, et tel qu'illustré au diagramme ci-après, dans la situation où 40 % de la juste valeur marchande des parts de la société en commandite A est détenue par des institutions financières, et où la société en commandite A détient 40 % de la juste valeur marchande des parts de la société en commandite B dans laquelle 40 % de la juste valeur marchande des parts sont détenues directement par des institutions financières, la société en commandite B ne sera pas considérée comme une institution financière aux fins de l'application des BÉVM. En effet, dans cette situation, les institutions financières détentrices de parts de la société en commandite A ne seront pas considérées comme détenant directement les parts de la société en commandite B. Dans la mesure où la société en commandite B est régie par les lois du Québec, les tribunaux ont déterminé que les associés d'une société de personnes ne sont pas propriétaires des biens détenus par celle-ci¹⁷. Par ailleurs, et tel que mentionné par l'ARC, une société de personnes est considérée comme un contribuable aux fins de l'application de la définition de « biens exclus » et plus particulièrement de la notion de participation notable afin de s'assurer qu'une société de personnes détenant une telle participation dans une société par actions pourra être exclue de l'application des règles sur les BÉVM quant à ce placement (la notion de participation notable est décrite à la section 4.1. du présent texte).

Dans le cas où une telle structure serait mise en place dans le but d'éviter l'application des règles sur les BÉVM, la règle générale antiévitement prévue au paragraphe 245(2) L.I.R. pourrait cependant être invoquée par l'ARC.

¹⁶ L'expression « fonds sur fonds » fait référence à une structure d'investissement dans laquelle les parts d'une société de personnes sont détenues par une seconde société de personnes.

¹⁷ Voir note 15.

Diagramme



2.2. ENTITÉS EXCLUES DE LA DÉFINITION D'« INSTITUTION FINANCIÈRE »

La définition d'« institution financière » au paragraphe 142.2(1) L.I.R. prévoit que certaines entités ne sont pas des institutions financières aux fins des règles sur les BÉVM. C'est le cas d'une personne ou société de personnes visée par règlement¹⁸, d'une « fiducie de fonds commun de placement » au sens du paragraphe 132(6) L.I.R., d'une « société de placement » au sens du paragraphe 130(3) L.I.R., d'une « société de placement hypothécaire » au sens du paragraphe 130.1(6) L.I.R., d'une « société de placement à capital variable » au sens du paragraphe 131(8) L.I.R. ou d'une compagnie d'assurances-dépôts au sens du paragraphe 137.1(5) L.I.R.

¹⁸ La seule personne visée par règlement qui n'est pas une institution financière est, selon l'article 9000 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945 (« R.I.R. »), une fiducie créée à l'égard d'un fond réservé au sens de l'alinéa 138.1(1)a) L.I.R., à certaines conditions.

Ces entités ne sont pas assujetties aux règles sur les BÉVM, car elles sont utilisées afin de regrouper de petits investisseurs. L'exclusion de ces entités de la définition d'« institution financière » fait donc en sorte que les petits investisseurs ne soient pas indirectement visés par les règles sur les BÉVM lorsqu'une ou plusieurs institutions financières détiennent le contrôle de telles entités qui, sans cette exclusion, seraient aussi des institutions financières soumises au régime des BÉVM¹⁹.

3. DÉFINITION DE « BIEN ÉVALUÉ À LA VALEUR DU MARCHÉ »

L'expression « bien évalué à la valeur du marché » (BÉVM) (*market-to-market property*) est définie au paragraphe 142.2(1) L.I.R. Tel qu'il a été mentionné précédemment, la définition de BÉVM a subi d'importants changements en 2009, lesquels sont applicables de façon générale aux années d'imposition commençant après septembre 2006²⁰. La date d'application de ces changements concorde avec des modifications aux normes comptables concernant les instruments financiers. En conséquence de ces changements, certaines participations dans une société de personnes ou dans une fiducie ainsi que dans certains instruments dérivés dont la juste valeur marchande est fonction des BÉVM sous-jacents, détenues par des institutions financières, sont devenues assujetties au régime sur les BÉVM. La définition de BÉVM a été élargie par l'ajout des notions de « bien à évaluer » et de « bien évalué à sa juste valeur ». Ces ajouts sont applicables aux années d'imposition commençant après septembre 2006.

Pour certaines institutions financières, l'ajout de ces notions aux fins de l'application du régime sur les BÉVM a entraîné un fardeau fiscal alourdi malgré certaines règles transitoires prévues à l'article 142.51 L.I.R. Pour d'autres institutions financières, il s'agissait d'un fardeau de conformité additionnelle afin de déterminer dans quelle mesure certains investissements et produits dérivés détenus par ces institutions financières étaient visés par ces nouvelles définitions. Pour d'autres enfin, ces changements n'ont pas eu d'effet, car les biens détenus étaient déjà traités aux fins comptables comme le sont les BÉVM aux fins fiscales²¹.

¹⁹ Voir McCarthy Tétrault, Canada Tax Service, Mark-to-Market legislation, précité, note 13, p. 8.

²⁰ Voir note 4.

²¹ Richard MARCOVITZ et Chris VAN LOAN, « Amendments to the Rules Governing Securities Held by Financial Institutions and Other Recent Developments », dans *2009 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, pp. 10:1-40, à la page 10:4.

En règle générale et sous réserve de nombreuses exceptions couvertes par la notion de « bien exclu » qui sera examinée plus loin, les biens suivants sont considérés comme étant des BÉVM pour les institutions financières qui les détiennent :

- 1) les actions de sociétés résidentes ou non-résidentes;
- 2) les titres de créance déterminés, à certaines conditions;
- 3) les biens à évaluer qui sont des biens évalués à leur juste valeur pour l'année.

3.1. « TITRE DE CRÉANCE DÉTERMINÉ »

L'expression « titre de créance déterminé » (*specified debt obligation*) est définie au paragraphe 142.2(1) L.I.R. comme un titre constatant le droit d'un contribuable sur un prêt, une obligation, une créance hypothécaire, un billet, une convention de vente ou une autre dette semblable, ou le droit qu'un contribuable a acheté sur un titre de créance.

La définition de TCD énonce toutefois que certains titres ne sont pas des TCD. Par exemple, l'effet émis par une personne avec laquelle l'institution financière est liée ou a par ailleurs un lien de dépendance ou dans laquelle celle-ci détient une participation notable²² n'est pas un TCD. De plus, sont exclus de cette définition une obligation à intérêt conditionnel, une obligation pour le développement de la petite entreprise, une obligation pour la petite entreprise²³ ou un bien visé par règlement²⁴. À cet égard, l'article 9004 R.I.R. renvoie à un contrat de location-financement, ou à tout autre accord de financement, déclaré à titre de prêt dans les états financiers pour l'année établis conformément aux Principes comptables généralement

²² Al. b) de la définition de « titre de créance déterminé » au paragraphe 142.2(1) L.I.R. dans sa version française (al. d) dans la version anglaise). Voir la section 4.1. du présent texte sur le sens de participation notable.

²³ Al. a) de la définition de « titre de créance déterminé » au paragraphe 142.2(1) L.I.R., dans sa version française (al. c) dans la version anglaise). L'expression « obligation à intérêt conditionnel » est définie au paragraphe 248(1) L.I.R. Quant au sens d'« obligation pour le développement de la petite entreprise » et d'« obligation pour la petite entreprise », le paragraphe 248(1) L.I.R. renvoie à la définition de ces termes donnée aux paragraphes 15.1 et 15.2 L.I.R. respectivement.

²⁴ Al. a) de la définition de « titre de créance déterminé » au paragraphe 142.2(1) L.I.R., dans sa version française (al. c) dans la version anglaise).

reconnus (« PCGR ») et à l'égard duquel une déduction pour amortissement en vertu de l'alinéa 20(1)a) L.I.R. est possible pour l'année.

Selon l'alinéa b) de la définition de BÉVM au paragraphe 142.2(1) L.I.R., un TCD sera considéré comme un BÉVM même s'il est détenu par une institution financière qui n'est pas une société de courtage en valeurs mobilières, dans la mesure où le TCD est un « bien évalué à sa juste valeur » pour l'année.

Selon l'alinéa c) de la définition de BÉVM, dans le cas où une institution financière qui est une société de courtage en valeurs mobilières détient un TCD, celui-ci sera toujours considéré comme un BÉVM, sans égard au traitement comptable applicable au TCD.

Ainsi, dans le cas d'une institution financière qui n'est pas une société de courtage en valeurs mobilières, les normes comptables seront déterminantes quant à savoir si un TCD constitue un BÉVM. En effet, comme nous le verrons ci-dessous, l'expression « bien évalué à sa juste valeur » renvoie à un bien évalué, conformément aux PCGR, à sa juste valeur plutôt qu'au coût après amortissement dans le bilan de l'institution financière à la fin de l'année. La méthode comptable applicable à un TCD aura donc un effet direct sur la désignation d'un TCD comme BÉVM.

3.2. « BIEN À ÉVALUER » ET « BIEN ÉVALUÉ À SA JUSTE VALEUR »

L'alinéa d) de la définition de BÉVM, au paragraphe 142.2(1) L.I.R., a deux composantes. Afin qu'un bien constitue un BÉVM, il doit être à la fois un « **bien à évaluer** » du contribuable et un « **bien évalué à sa juste valeur** » du contribuable pour l'année.

3.2.1. « Bien à évaluer »

L'expression « bien à évaluer » (*tracking property*) est définie au paragraphe 142.2(1) L.I.R. comme étant un bien dont la **juste valeur marchande** est déterminée principalement par rapport à un ou plusieurs critères applicables à un bien de référence qui, si le contribuable en était le propriétaire, serait un BÉVM²⁵. Les critères mentionnés sont la juste valeur marchande du bien de référence, les bénéfices ou gains provenant de la

²⁵ L'ARC interprète le terme « principalement » comme signifiant plus de 50 %. Voir par exemple AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2006-020297117, 15 novembre 2006.

disposition du bien de référence, les recettes, le revenu ou les rentrées provenant du bien de référence et tout autre critère semblable applicable au bien de référence. Un « bien à évaluer » est donc un bien qui tire sa valeur d'un BÉVM de référence et qui est évalué selon ces critères.

Tel qu'il est mentionné par l'ARC dans diverses interprétations techniques, les « biens à évaluer » comprennent notamment les parts de fiducies de fonds commun de placement et de fiducies d'investissement à participation unitaire, les instruments dérivés sur actions, les certificats américains d'actions étrangères et d'autres instruments similaires, les participations dans une société de personnes, les polices d'assurance, les fonds réservés, les participations dans des fiducies, les contrats d'échange de flux financiers (*swaps*), les contrats à terme sur actions, les autres instruments dérivés et les droits que possède un vendeur dans le cadre d'une titrisation²⁶. La notion de « bien à évaluer » vise donc les divers produits ainsi décrits et les produits dérivés que des institutions financières peuvent détenir. Dans une interprétation technique datée de mai 2009, l'ARC a indiqué que la notion de « bien à évaluer » a été introduite afin que les institutions financières ne soient pas en mesure d'éviter l'application des règles sur les BÉVM à l'égard des biens détenus, en investissant par le biais d'un instrument financier dérivé²⁷.

Un bien sera considéré comme un « bien à évaluer » uniquement dans la mesure où, si le contribuable était propriétaire directement des biens sous-jacents, ces biens constitueraient des BÉVM. Cette détermination ne sera normalement pas problématique pour une institution financière, étant donné que, dans la plupart des cas, il apparaîtra clairement qu'un bien constitue un bien à évaluer en raison des éléments d'actif sous-jacents. Par exemple, dans le cas d'une fiducie de fonds commun de placement dont les parts sont détenues par une institution financière, si le fonds est constitué uniquement d'actions de sociétés canadiennes qui ne sont pas des « biens exclus », les parts de la fiducie de fonds commun de placement seront normalement clairement visées par la définition de « bien à évaluer » dans la mesure où plus de 50 % de la juste valeur marchande des parts de la fiducie sont attribuables à des investissements en actions de sociétés canadiennes. Dans d'autres situations, la détermination pourrait être plus complexe dans la mesure où ce même fonds serait également constitué d'actions de sociétés

²⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2009-0316681C6, 1^{er} mai 2009, 2009-0330051C6, 9 octobre 2009 et 2009-0328781E5, 6 janvier 2011.

²⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2009-316681C6, 1^{er} mai 2009.

qui sont des « biens exclus » de l'application des règles sur les BÉVM. La notion de « biens exclus » est analysée à la section 4. du présent texte.

Une participation dans une société de personnes ou dans une fiducie détenue par une institution financière peut aussi être assujettie aux règles sur les BÉVM, dans la mesure où une telle participation constitue un « bien à évaluer » et est comptabilisée à « sa juste valeur » par l'institution financière. Ainsi, il serait théoriquement possible que l'investissement d'une institution financière dans une société de personnes ou dans une fiducie (qui n'est pas une « fiducie de fonds commun de placement », laquelle n'est pas considérée comme une institution financière aux fins des règles sur les BÉVM) puisse entraîner l'application des règles sur les BÉVM à deux niveaux. Premièrement, au niveau de la société de personnes ou de la fiducie si cette entité est réputée être une « institution financière » en vertu de l'alinéa b) de la définition de cette expression au paragraphe 142.2(1) L.I.R. dans la mesure où plus de 50 % des parts d'une telle société de personnes ou fiducie sont détenues par des institutions financières. Deuxièmement, au niveau des associés de la société de personnes ou des bénéficiaires de la fiducie, si la société ou fiducie est une institution financière et si la part des associés dans la société de personnes ou la part des bénéficiaires dans la fiducie constitue un BÉVM.

La double imposition potentielle pourra donc se produire si une institution financière détient des parts d'une société de personnes qui constituent des BÉVM (en raison du fait que ces parts sont des « biens à évaluer » qui sont des « biens évalués à leur juste valeur ») et si une telle société de personnes est une « institution financière » au sens de l'article 142.2 L.I.R. en raison du fait que plus de 50 % de la juste valeur marchande de ses parts est détenue par des institutions financières. Dans ce cas, la société de personnes sera elle-même considérée comme une institution financière. L'institution financière associée d'une telle société de personnes pourra subir une première imposition à cause de l'augmentation de valeur des parts de la société de personnes qui sont des BÉVM et deuxièmement lors de l'attribution du revenu par la société de personnes résultant de la détention sous-jacente de BÉVM et de l'inclusion s'y rapportant conformément au calcul du revenu de la société de personnes et à son attribution aux membres de la société en vertu de l'article 96 L.I.R.

Cette double imposition ne semble pas pouvoir être résolue par l'ajustement à la hausse du prix de base de rajusté (« PBR ») de la participation dans la société de personnes résultant de l'attribution du revenu de celle-ci en faveur des associés (dont le revenu résultant de l'application des règles sur les BÉVM) selon les règles du sous-alinéa 53(1)e)(i) L.I.R. En

effet, cet ajustement au PBR se fait uniquement immédiatement après la fin de l'année d'imposition suivant l'année d'imposition dans laquelle le revenu a été attribué aux associés.

Dans une telle situation, le paragraphe 248(28) L.I.R., qui prévoit des règles particulières visant à empêcher qu'un même montant soit soumis à une double imposition, pourrait être invoqué afin d'éviter ce résultat. Cependant, cette disposition empêche une double imposition pour le **même contribuable**. L'application de cette disposition dans le cadre de l'application des règles sur les BÉVM dans la situation décrite précédemment pourrait poser problème étant donné la position de l'ARC selon laquelle une société de personnes constitue un contribuable distinct des associés aux fins du régime sur les BÉVM. Nous n'avons trouvé aucune interprétation de l'ARC concernant l'application éventuelle du paragraphe 248(28) L.I.R. dans cette situation.

Quant aux associés qui ne sont pas des institutions financières, ceux-ci pourraient être indirectement visés par les règles sur les BÉVM, dans le cas où une société de personnes qui est une institution financière détiendrait des BÉVM à l'égard desquels une inclusion dans le calcul du revenu de la société se produit conformément à l'article 96 L.I.R.

3.2.2. « Bien évalué à sa juste valeur »

La notion de « bien évalué à sa juste valeur » (*fair value property*) énoncée au paragraphe 142.2(1) L.I.R. renvoie à un bien dont la **juste valeur**, pour une année d'imposition, est déterminée conformément aux PCGR dans le bilan du contribuable à la fin de l'année (autrement que pour la seule raison que la juste valeur est inférieure à son coût pour le contribuable ou, s'il s'agit d'un TCD, autrement qu'en raison d'un manquement du débiteur).

Bien qu'*a priori* l'expression « juste valeur » soit différente de l'expression « juste valeur marchande » aux fins du régime des BÉVM, ces deux expressions ont des significations similaires.

Aux fins comptables, l'alinéa 3855.19j) du *Manuel de l'ICCA* (anciens PCGR du Canada)²⁸ définissait la « juste valeur » comme étant « le montant

²⁸ INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, précité, note 10, Partie V, Normes comptables pré-basculément, archivées en décembre 2009 (anciens PCGR du Canada).

de la contrepartie dont conviendraient des parties compétentes agissant en toute liberté dans des conditions de pleine concurrence ». Dans le cadre des Normes internationales d'information financière (IFRS) qui ont remplacé les anciens PCGR du Canada²⁹, la norme IFRS 13, « Évaluation de la juste valeur », publiée initialement en mai 2011 et applicable au Canada aux exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2013, définit, au paragraphe 9, la « juste valeur » « comme le prix qui serait reçu pour la vente d'un actif ou payé pour le transfert d'un passif lors d'une transaction normale entre des intervenants du marché à la date d'évaluation ». La norme IFRS 13 donne plus de détails sur l'application du concept de « juste valeur ». Plus précisément, les paragraphes 61 et suivants de la norme IFRS 13 renferment plusieurs règles relatives aux techniques d'évaluation de la juste valeur d'un actif ou d'un passif. Le paragraphe 61 de la norme IFRS 13 mentionne qu'une « entité doit utiliser des techniques d'évaluation appropriées aux circonstances et pour lesquelles les données sont disponibles en quantité suffisante pour évaluer la juste valeur, en maximisant l'utilisation des données observables pertinentes et en minimisant celle des données d'entrée non observables ». Il semble cependant qu'aux fins comptables, la notion de « juste valeur » utilisée selon les anciens PCGR du Canada (al. 3855.19j) du *Manuel de l'ICCA* ne soit guère différente de cette même notion utilisée dans la norme IFRS 13³⁰.

Aux fins fiscales, selon la jurisprudence, la « juste valeur marchande » représente « le prix le plus élevé que le propriétaire d'un bien peut raisonnablement s'attendre à en tirer s'il le vend de façon normale et dans le cours ordinaire des affaires, le marché n'étant pas soumis à des pressions inhabituelles et étant constitué d'acheteurs disposés à acheter et des vendeurs disposés à vendre, qui n'ont entre eux aucun lien de dépendance et qui ne sont en aucune façon obligés d'acheter ou de vendre ». Cette définition vient du juge Cattanach de la division de première instance de la Cour fédérale qui s'exprimait ainsi en 1973 quant à la notion de juste valeur marchande :

²⁹ *Id.*, Partie I, Normes internationales d'information financière, édition 2013.

³⁰ L'ICCA a indiqué en juin 2012, dans le bulletin *Alerte info*, Issue 004 que : « La juste valeur est une mesure fondée sur le marché et non une mesure propre à l'entité. Par conséquent, les intentions de l'entité à l'égard de l'actif ou du passif qu'elle détient n'entrent pas en ligne de compte. » Il est à noter qu'une analyse plus détaillée de la notion de juste valeur déborde le cadre du présent texte.

« The statute does not define the expression “fair market value”, but the expression has been defined in many different ways depending generally on the subject matter which the person seeking to define it had in mind. I do not think it necessary to attempt an exact definition of the expression as used in the statute other than to say that the words must be construed in accordance with the common understanding of them. That common understanding I take to mean the highest price an asset might reasonably be expected to bring if sold by the owner in the normal method applicable to the asset in question in the ordinary course of business in a market not exposed to any undue stresses and composed of willing buyers and sellers dealing at arm’s length and under no compulsion to buy or sell. I would add that the foregoing understanding as I have expressed it in a general way includes what I conceive to be the essential element which is an open and unrestricted market in which the price is hammered out between willing and informed buyers and sellers on the anvil of supply and demand³¹. »

[TRADUCTION] « La Loi ne donne aucune définition de l’expression “juste valeur marchande”; celle-ci a été définie de diverses façons, généralement selon ce qu’avait à l’esprit la personne cherchant à formuler la définition. Je ne crois pas nécessaire d’essayer de donner une définition précise de cette expression telle qu’employée dans la Loi; il suffit, me semble-t-il, de dire qu’il y a lieu de donner à ces mots leur sens ordinaire. Dans son sens courant, me semble-t-il, cette expression désigne le prix le plus élevé que le propriétaire d’un bien peut raisonnablement s’attendre à en tirer s’il le vend de façon normale et dans le cours ordinaire des affaires, le marché n’étant pas soumis à des pressions inhabituelles et étant constitué d’acheteurs disposés à acheter et des vendeurs disposés à vendre, qui n’ont entre eux aucun lien de dépendance et qui ne sont en aucune façon obligés d’acheter ou de vendre. J’ajouterais que cet exposé succinct de mon point de vue sur le sens à donner à l’expression « juste valeur marchande » comprend ce que j’estime être l’élément essentiel, soit un marché libre de toutes restrictions, où le prix est établi par le jeu de la loi de l’offre et de la demande entre des acheteurs et des vendeurs avertis et désireux d’acheter et de vendre³². »

Les concepts de « juste valeur » aux fins comptables et de « juste valeur marchande » aux fins fiscales, bien que similaires, comportent certains éléments distinctifs. Les auteurs R. Marcovitz et C. Van Loan s’expriment ainsi quant à ces éléments distinctifs au regard de l’application de ces deux concepts dans le contexte des règles sur les BÉVM :

³¹ *Succession Henderson et Bank of New York c. MRN*, 73 D.T.C. 5471, 5476 (j. Cattanach, C.F.), confirmé par la Cour d’appel fédérale, 75 D.T.C. 5332, [1975] A.C.F. n° 1973. Cette définition de la « juste valeur marchande » a été reprise dans de nombreux jugements.

³² Traduction tirée de l’arrêt *Nash, Quinn et Tolley*, 2005 CAF 386, par. 8.

« The definition of “fair value property” in the 2007 amendments includes a change to reflect the differing terminology used by accountants and drafters of the Act to describe the open market value of an asset. The definition of “mark-to-market property” in the 1994 rules classified SDOs [“specified debt obligations”] on the basis of whether they were carried at “fair market value” in a financial institution’s financial statements. However, accountants use the term “fair value” to describe assets and liabilities that are carried at an open market value. The differing terminology led to the suggestion that an SDO could be carried at fair value in a financial institution’s statements yet not be classified as mark-to-market property, or that the accounting value need not be used in computing income for tax purposes. This interpretation became a matter of some importance during the credit crisis of 2008 and 2009, when the models used to value assets may have produced unusual or unreliable results as a consequence of the difficulty in obtaining reliable market values for certain types of assets.

The definition of “fair value property” that applies in the 2007 amendments refers to assets carried at “fair value” in a financial institution’s statements. However, section 142.5 of the Act directs that such assets be valued at “fair market value” for tax purposes. Historically, the CRA has applied the definition of “mark-to-market property” to SDOs carried at fair value, and thus the inclusion of the phrase “fair value” in the definition should not affect assessing practice. However, the reference to “fair market value” for year-end valuation purposes enables the CRA to rely on accounting treatment for classification but to assess tax based on its view of open market value as opposed to the views of the financial institution and its auditors. The department has, quite reasonably, indicated that it is not likely to challenge valuations on the basis of a quote derived from a liquid market.

The use of “fair value” and “fair market value” in related provisions arguably supports the position that the terms have different meanings. This interpretation was sometimes used to advance the argument that under the 1994 rules a property could be carried at fair value, yet it still would not be mark-to-market property because it was not carried at fair market value. In our view, it is unlikely that Finance or the CICA ever expected the phrases “fair market value” and “fair value” to define different concepts [...]»³³. » (Notre soulignement)

Dans une interprétation technique rendue en juin 2007³⁴, l’ARC a adopté la position que l’expression « juste valeur » applicable aux fins comptables et l’expression « juste valeur marchande » utilisée dans la définition de l’expression « bien à évaluer », aux fins de la définition d’un BÉVM au paragraphe 142.2(1) L.I.R., comportent suffisamment de similitudes pour

³³ R. MARCOVITZ et C. VAN LOAN, précité, note 21, pp. 10:27-28.

³⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2007-0240211C6, 21 juin 2007.

que la notion de « juste valeur » soit considérée comme équivalente à la notion de « juste valeur marchande », aux fins de la définition d'un BÉVM.

4. BIENS EXCLUS

Bien que la définition de BÉVM au paragraphe 142.2(1) L.I.R. soit très large et comprenne notamment les actions de sociétés résidentes ou non-résidentes, certains biens ne sont pas des BÉVM : ce sont les « biens exclus ». La notion de « biens exclus » est définie au paragraphe 142.2(1) L.I.R. Cette définition prévoit trois catégories de biens exclus de l'application des règles sur les BÉVM :

- les actions de sociétés dans lesquelles l'institution financière détient une « participation notable »;
- les actions de sociétés dont le contrôle a été acquis dans les 24 mois;
- les « biens visés par règlement » qui sont notamment des actions de petite entreprise.

4.1. ACTIONS D'UNE SOCIÉTÉ DANS LAQUELLE L'INSTITUTION FINANCIÈRE DÉTIENT UNE PARTICIPATION NOTABLE

Les actions du capital-actions d'une société dans laquelle l'institution financière détient une « participation notable » au cours d'une année d'imposition sont considérées comme étant des « biens exclus » pour l'année et ne sont donc pas assujetties aux règles sur les BÉVM. Ces actions sont considérées comme un investissement direct de l'institution financière, et non pas comme un placement de portefeuille, et, à ce titre, elles ne sont pas considérées comme acquises dans le cours normal des activités de l'institution financière.

La notion de « participation notable » est précisée au paragraphe 142.2(2) L.I.R. Une institution financière sera considéré comme ayant une participation notable dans une société à un moment déterminé si l'institution est liée à la société au moment déterminé autrement qu'à cause d'un droit visé à l'alinéa 251(5)b) L.I.R., ou si l'institution détient, au moment déterminé, des actions de la société qui lui confèrent au moins 10 % des voix pouvant, dans tous les cas, être exprimées à l'assemblée annuelle des actionnaires de la société **et** des actions de la société dont la juste valeur marchande correspond à au moins 10 % de la juste valeur marchande de l'ensemble des actions émises de la société.

Par ailleurs, le paragraphe 142.2(3) L.I.R. prévoit des règles d'interprétation pour déterminer s'il existe une participation notable. Par exemple, l'institution financière sera réputée détenir chaque action que détient, à un moment déterminé, une personne ou une société de personnes à laquelle l'institution est liée autrement qu'en raison d'un droit visé à l'alinéa 251(5)b) L.I.R. Une action de la société que l'institution financière a acquise en raison du manquement d'un débiteur n'est cependant pas prise en compte s'il est raisonnable de considérer qu'elle conserve l'action afin de minimiser les pertes découlant du manquement. Une action de société visée par règlement quant à l'institution financière n'est pas non plus prise en compte³⁵.

Le paragraphe 142.2(4) L.I.R. donne de plus un sens élargi au terme « lié » aux fins de l'application de la notion de « participation notable ». Cette disposition prévoit que les règles énoncées à l'article 251 L.I.R. en ce qui concerne la notion de personnes liées s'appliquent comme si une société de personnes était une société ayant un capital-actions constitué d'une seule catégorie d'actions divisée en 100 actions émises et comme si chaque associé de la société de personnes était propriétaire, au moment donné, de la proportion des actions émises de cette catégorie représentée par le rapport entre la juste valeur marchande de la participation de l'associé dans la société de personnes et la juste valeur marchande de l'ensemble des participations dans la société de personnes³⁶. Une société de personnes sera ainsi considérée comme ayant une participation notable dans une société par actions, si la société de personnes détient directement des actions dans la société par actions et que le seuil de 10 % en nombre de voix et en valeur marchande décrit précédemment est atteint. Ce niveau de détention fera en sorte que la société de personnes ne sera pas assujettie aux règles sur les BÉVM à l'égard de cette participation en actions dans la mesure où ces règles lui sont applicables.

L'ARC a indiqué, dans le contexte d'une interprétation technique, qu'il n'était pas nécessaire qu'une institution financière réponde aux critères de

³⁵ L'article 9003 R.I.R. prévoit qu'une action visée par règlement aux fins de l'alinéa 142.2(3)c) L.I.R. est une action visée à l'alinéa e) de la définition d'« action privilégiée à terme », au paragraphe 248(1) L.I.R., soit une action qui est émise pour une durée n'excédant pas cinq ans suivant la date de son émission si l'action a été émise par une société qui réside au Canada conformément à une proposition faite à ses créanciers ou à un arrangement conclu avec ceux-ci et approuvé par un tribunal conformément à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. C-36 et mod.

³⁶ Al. 142.2(4)a) L.I.R.

10 % en nombre de voix et en valeur marchande relativement à chaque catégorie d'actions afin que la condition relative à la détention d'une participation notable soit remplie³⁷.

Les faits soumis à l'ARC étaient les suivants : une institution financière détenait deux catégories d'actions dans une société, soit 30 % des actions ordinaires avec droit de vote ayant une juste valeur marchande nominale et 100 % d'une catégorie d'actions privilégiées sans droit de vote dont la juste valeur marchande représente 99,99 % de la juste valeur marchande de la société. Considérées séparément, aucune de ces catégories d'actions ne conférait une participation notable à l'institution financière. Cependant, le seuil de 10 % en nombre de voix et en valeur marchande était atteint en considérant la détention totale d'actions par l'institution financière. L'ARC a déterminé que le critère de participation notable pourrait être rempli en tenant compte de la détention totale d'actions.

De même, pour déterminer s'il y a participation notable, les règles énoncées à l'article 251 L.I.R. en ce qui concerne les personnes liées s'appliquent à une fiducie en faisant, selon l'alinéa 142.2(4)b L.I.R., comme si la fiducie était une société ayant un capital-actions constitué d'une seule catégorie d'actions divisée en 100 actions émises et comme si chaque bénéficiaire de la fiducie était propriétaire des actions émises selon la proportion représentée par le rapport entre la juste valeur marchande du droit de bénéficiaire dans la fiducie et la juste valeur marchande de l'ensemble des droits de bénéficiaire dans la fiducie.

À titre d'exemple d'application de cette règle à l'égard d'une fiducie, l'ARC a émis l'opinion que lorsqu'une institution financière détient 40 % des parts d'une fiducie de fonds commun de placement (dont les parts constituent des BÉVM parce qu'il s'agit de biens à évaluer qui sont des biens évalués à leur juste valeur), et que le seul actif de ce fonds consiste en 20 % des actions d'Aco (lesquelles ne sont pas des biens exclus), l'institution financière sera considérée comme détentrice de 8 % des actions d'Aco. Dans ce cas, l'institution financière ne serait donc pas considérée comme ayant une participation notable dans Aco et les parts de la fiducie de fonds commun de placement constitueraient des BÉVM³⁸ malgré le fait que l'institution financière détiendrait 40 % des parts de la fiducie. Ainsi, dans

³⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2000-0006007, 14 février 2000.

³⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2009-03228781E5, 6 janvier 2011.

l'application de la notion de « participation notable » dans des situations où une institution financière détient des biens qui sont des BÉVM en vertu de l'alinéa d) de la définition de BÉVM, au paragraphe 142.2(1) L.I.R., soit des « biens à évaluer » qui sont des « biens évalués à leur juste valeur », il sera nécessaire d'adopter la même approche de transparence utilisée par l'ARC afin de déterminer si l'institution financière détient une participation notable dans l'actif sous-jacent.

4.2. ACTIONS D'UNE SOCIÉTÉ DONT LE CONTRÔLE A ÉTÉ ACQUIS DANS LES 24 MOIS (SUR PRODUCTION D'UN CHOIX)

Est également un bien exclu de l'application des règles sur les BÉVM une action du capital-actions d'une société dont le contrôle a été acquis, au cours de la période de 24 mois suivant l'année d'imposition de l'institution financière, par celle-ci ou par des personnes qui lui sont liées autrement qu'en raison d'un droit prévu à l'alinéa 251(5)b) L.I.R.³⁹ À cet égard, l'institution financière doit produire un choix pour se prévaloir de cette exception, au plus tard à la date d'échéance de production qui lui est applicable pour l'année d'imposition qui comprend le moment de l'acquisition du contrôle.

Cette exclusion fait en sorte qu'une action d'une société sera considérée comme un « bien exclu » dans une année d'imposition donnée lorsque le contrôle de la société est acquis par une institution financière ou une ou plusieurs personnes liées à celle-ci durant la période de 24 mois suivant la fin de l'année d'imposition ou l'action est acquise et que le choix approprié est effectué. Cette disposition constitue donc une extension de l'exemption relative à la détention d'une « participation notable » et fait suite à certaines représentations ayant été faites auprès du ministère des Finances⁴⁰.

4.3. BIENS VISÉS PAR RÈGLEMENT (ACTIONS DE PETITE ENTREPRISE NOTAMMENT)

Des « biens visés par règlement » font aussi partie de la liste des biens exclus⁴¹ de l'application des règles sur les BÉVM. Ces biens sont décrits aux paragraphes 9001(2), 9002(2) et 9002(3) R.I.R.

³⁹ Al. d) de la définition de « bien exclu » au paragraphe 142.2 (1) L.I.R.

⁴⁰ Voir lettre du ministère des Finances datée du 25 juillet 2002. Cette disposition a été ajoutée par L.C. 2009, ch. 2, *Loi d'exécution du budget de 2009*, art. 46.

⁴¹ Al. e) de la définition de « bien exclu » au paragraphe 142.2(1) L.I.R.

L'exclusion la plus courante se trouve au paragraphe 9001(2) R.I.R., selon lequel une action du capital-actions d'une société est un bien exclu si, immédiatement après le moment où l'institution financière a acquis l'action, la société était une « société admissible exploitant une petite entreprise » et a continué de l'être tout au long de l'année qui a suivi ce moment, et que l'institution financière ne pouvait pas raisonnablement s'attendre, au moment de l'acquisition, à ce que la société cesse d'être une telle société dans l'année qui a suivi le moment de l'acquisition.

Le but de l'exclusion des actions de petites entreprises de la définition de BÉVM est de promouvoir les placements dans les petites entreprises⁴².

Aux fins du paragraphe 9001(2) R.I.R., l'expression « société admissible exploitant une petite entreprise » est définie au paragraphe 9001(1) R.I.R., en référence à une « société admissible » au sens du paragraphe 5100(1) R.I.R., comme une société privée sous contrôle canadien, dont la totalité ou presque totalité des biens sont soit des biens utilisés dans le cadre d'une entreprise admissible exploitée activement par la société ou par une société qu'elle contrôle, soit des actions du capital-actions d'une ou de plusieurs sociétés admissibles qui lui sont liées ou des titres de créance émis par de telles sociétés.

Par ailleurs, afin qu'une société soit considérée comme une société admissible exploitant une petite entreprise, la valeur comptable des actifs de celle-ci et des actifs des sociétés qui lui sont liées, déterminée sur une base consolidée ou cumulée en conformité avec les PCGR, ne doit pas dépasser 50 M\$. Enfin, le nombre d'employés de la société et d'employés des sociétés qui lui sont liées ne doit pas dépasser 500.

Il appert de ce qui précède qu'une portion importante des placements d'une institution financière dans des sociétés privées qui exploitent une entreprise ne devrait pas être assujettie aux règles sur les BÉVM. Ces règles visent donc des placements dans des sociétés de grande envergure, ou encore des sociétés de portefeuille.

De plus, selon l'alinéa e) de la définition de « bien exclu » au paragraphe 142.2(1) L.I.R. et selon le paragraphe 9002(3) R.I.R., une action du capital-actions d'une société qui est détenue par une caisse de crédit sera aussi considérée comme un bien exclu dans la mesure où la société est elle-même une caisse de crédit ou dans la mesure où au moins 50 % de ses

⁴² Voir CANADA, ministre des Finances, précité, note 6, p. 24.

actions en nombre de voix et en valeur sont détenues par d'autres caisses de crédit. Enfin, selon l'alinéa b) de la définition de « bien exclu » au paragraphe 142.2(1) L.I.R. et selon l'article 9002.1 R.I.R., les actions de certaines sociétés émettrices de cartes de paiement mentionnées à cette dernière disposition (Visa Inc., Mastercard Inc., Mastercard International Inc.) qui ne sont notamment pas inscrites à la cote d'une bourse de valeurs sont considérées comme des biens exclus.

Le paragraphe 9002(1) R.I.R. renvoie à d'autres types de biens exclus, comme certains titres de créance à risque détenus par une banque.

5. EFFET DES NORMES COMPTABLES SUR LES TITRES DE CRÉANCE DÉTERMINÉS

Lorsqu'une disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* fait référence aux PCGR, il convient de prendre en compte les PCGR qui existent au moment de l'application de la disposition et non pas les PCGR qui existaient au moment où la disposition a été édictée ou a pris effet initialement⁴³.

Le chapitre 3855 du *Manuel de l'ICCA*, « Instruments financiers – Comptabilisation et évaluation » (anciens PCGR du Canada), prévoyait que certains instruments financiers qui, antérieurement au 1^{er} octobre 2006, étaient reflétés aux états financiers à leur coût après amortissement devaient dorénavant être reflétés à leur **juste valeur**⁴⁴ pour les exercices ouverts à compter du 1^{er} octobre 2006⁴⁵.

Les Normes internationales d'information financière (IFRS) ont remplacé les anciens PCGR du Canada en date du 1^{er} janvier 2011 pour les entreprises ayant une obligation d'information du public et pour les entreprises à capital fermé qui ont choisi d'adopter les IFRS plutôt que les Normes comptables pour les entreprises à capital fermé. C'est ainsi que la

⁴³ Voir, par analogie, l'affaire *Crédit Ford Canada Ltée c. La Reine*, 2007 CAF 225, par. 29 (contexte de l'impôt sur le capital). L'expression « Principes comptables généralement reconnus » dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* peut renvoyer implicitement aux Normes internationales d'information financière (même si la mention IFRS n'y figure pas) dans la mesure où les IFRS ont été intégrées dans les PCGR du Canada, c'est-à-dire dès lors qu'elles ont été approuvées et publiées par le Conseil des normes comptables du Canada.

⁴⁴ Sur la notion de juste valeur, voir la section 3.2.2. du présent texte relative aux biens évalués à leur juste valeur.

⁴⁵ INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, précité, note 28.

norme IAS 39, « Instruments financiers : comptabilisation et évaluation », a remplacé le chapitre 3855 du *Manuel de l'ICCA*. La norme IAS 39 sera elle-même remplacée par la norme IFRS 9, « Instruments financiers ». La date de mise en application de la norme IFRS 9 n'est cependant pas déterminée au moment d'écrire ces lignes.

En raison du traitement comptable applicable antérieurement au 1^{er} octobre 2006, les TCD n'étaient normalement pas considérés comme des BÉVM en raison du fait qu'ils n'étaient pas reflétés aux états financiers à leur juste valeur, mais plutôt à leur coût après amortissement. Depuis l'introduction du chapitre 3855 du *Manuel de l'ICCA* le 1^{er} octobre 2006, les TCD constituent des BÉVM dans la mesure où ils sont comptabilisés à leur juste valeur. Des règles transitoires prévues à l'article 142.51 L.I.R. ont mis en œuvre les changements touchant à la comptabilisation des TCD selon ces normes comptables⁴⁶.

Avec la norme IAS 39 faisant partie des IFRS applicables depuis le 1^{er} janvier 2011, les actifs financiers doivent aussi être comptabilisés à la juste valeur, à l'exception, notamment, des actifs qui constituent des « placements détenus jusqu'à leur échéance » (*held-to-maturity instruments*). Les actifs financiers qui entrent dans la catégorie des « placements détenus jusqu'à leur échéance » sont plutôt comptabilisés au coût après amortissement (appelé « coût amorti », défini au paragraphe 9 de la norme IAS 39). L'expression « placements détenus jusqu'à leur échéance » est définie au paragraphe 9 de la norme IAS 39 : ce sont « des actifs financiers non dérivés, assortis de paiements déterminés ou déterminables et d'une échéance fixe, que l'entité a l'intention manifeste et la capacité de conserver jusqu'à échéance, sauf :

- a) ceux que l'entité a désignés, lors de leur comptabilisation initiale comme étant à la juste valeur par le biais du résultat net;
- b) ceux que l'entité désigne comme étant disponibles à la vente [*available for sale*] [au sens du paragraphe 9 de la norme IAS 39]; et
- c) ceux répondant à la définition de prêts et créances [*loans and receivable*] [au sens du paragraphe 9 de la norme IAS 39] ».

La désignation d'un actif financier en tant que BÉVM est donc tributaire de la méthode de comptabilisation qui sera utilisée par l'institution financière

⁴⁶ L'analyse détaillée de ces règles transitoires va au-delà des objectifs du présent texte.

à l'égard de cet actif. Ce traitement comptable sera influencé, notamment, par l'intention de l'institution financière quant à la vente dans un proche avenir de l'actif financier : si l'institution a l'intention de disposer de l'actif financier à court terme, celui-ci sera considéré comme comptabilisé à la juste valeur par le biais du résultat net étant donné qu'il ne s'agira pas d'un « placement détenu jusqu'à son échéance ». Les actifs financiers tombant dans la catégorie de « placements détenus jusqu'à leur échéance » et de « prêts et créances » continuent d'être reflétés aux états financiers au coût amorti et, en conséquence, ces types de TCD ne constitueront pas des BÉVM et seront assujettis aux règles fiscales prévues à l'article 142.3 L.I.R.⁴⁷

Nous avons déjà indiqué que la norme IAS 39 sera remplacée par la norme IFRS 9 à une date qui reste à déterminer. Un des objectifs de la norme IFRS 9 est d'éliminer la notion de l'évaluation et de la comptabilisation fondée sur l'intention. Selon la norme IAS 39, et tel qu'il a été mentionné précédemment, une institution financière peut, selon son intention, classer un actif financier comme étant « disponible à la vente », de sorte que cet actif financier ne sera pas considéré comme un « placement détenu jusqu'à son échéance » comptabilisé au coût amorti, mais sera plutôt évalué à sa juste valeur aux états financiers. Cet actif financier constituera alors un BÉVM. L'auteur Stephen Spector résume ainsi l'essence des changements apportés par la norme IFRS 9 à la comptabilisation d'un actif financier :

« ACTIFS FINANCIERS

Selon l'IFRS 9, tous les actifs financiers qui entrent actuellement dans le champ d'application de l'IAS 39 doivent être évalués au coût amorti ou à la juste valeur. En outre, tous les instruments de capitaux propres qui entrent dans le champ d'application de l'IFRS 9 doivent être évalués à la juste valeur dans le bilan, les gains et les pertes devant être comptabilisés en résultat net. Ce n'est que si l'instrument n'est pas détenu à des fins de transaction que l'entité peut faire le choix irrévocable, au moment de sa comptabilisation initiale, de l'évaluer à la juste valeur par le biais des autres éléments du résultat global. Dans ce cas, seuls les dividendes sont comptabilisés en résultat net.

DÉRIVÉS

Tous les instruments dérivés qui entrent dans le champ d'application de l'IFRS 9 doivent être évalués à la juste valeur, bien que dans certains cas, le coût puisse constituer une estimation appropriée de la juste valeur.

⁴⁷ Il sera question de l'article 142.3 L.I.R. à la section 6.2. du présent texte.

INSTRUMENTS DE CRÉANCE

Les instruments de créance doivent être évalués au coût amorti ou à la juste valeur par le biais du résultat net. Les catégories “placements disponibles à la vente” et “placements détenus jusqu’à leur échéance” (de même que les règles connexes concernant la contamination) de l’IAS 39 n’ont pas été reprises dans l’IFRS 9.

Les instruments de créance doivent être évalués au coût amorti s’ils satisfont à la fois au “critère du modèle d’affaires” (business model) et au “critère des caractéristiques contractuelles des flux de trésorerie”. Le premier critère assure que l’objectif du modèle d’affaires consiste à détenir les actifs financiers afin d’encaisser les flux de trésorerie contractuels. Le second critère assure que les dispositions contractuelles de l’actif financier donnent lieu, à des dates spécifiées, à des flux de trésorerie qui ne sont que des paiements du principal et des intérêts sur le principal non remboursé. Si un instrument de créance ne satisfait pas aux critères d’évaluation au coût amorti, il doit être évalué à la juste valeur par le biais du résultat net.

Un instrument de créance qui satisfait à ces critères peut néanmoins être désigné comme étant à la juste valeur par le biais du résultat net au moment de sa comptabilisation initiale si cela permet d’éliminer ou d’atténuer considérablement un mauvais rapprochement comptable découlant de l’évaluation au coût amorti (option de la juste valeur de l’IAS 39)⁴⁸. »

La nouvelle norme IFRS 9 aura potentiellement un effet sur l’application des règles sur les BÉVM dans le cas où un actif financier qui est évalué à son coût amorti selon la norme IAS 39 devra être évalué à sa juste valeur selon la nouvelle norme IFRS 9. Tel qu’il a été mentionné, aux termes de la norme IFRS 9, la comptabilisation d’un actif financier ne sera plus fondée sur l’intention d’une institution financière quant à l’utilisation de cet actif, mais plutôt sur d’autres critères comme celui du modèle d’affaires. L’effet réel de la mise en œuvre de la norme IFRS 9 quant à l’application des BÉVM reste cependant à déterminer.

6. REVENUS PROVENANT DE LA DÉTENTION OU DE LA DISPOSITION D’UN TITRE DE CRÉANCE DÉTERMINÉ

La loi prévoit un traitement fiscal différent à l’égard des TCD selon que ceux-ci sont considérés comme étant des BÉVM ou non. L’inclusion des intérêts relatifs à ces titres dans le calcul du revenu de l’institution financière se fera notamment de façon différente, tel qu’exposé ci-après.

⁴⁸ Voir Stephen SPECTOR, « IFRS 9 : Instruments financiers », (mars-avril 2010), *CGA Magazine*, p. 37.

6.1. TITRE DE CRÉANCE DÉTERMINÉ CONSIDÉRÉ COMME UN BIEN ÉVALUÉ À LA VALEUR DU MARCHÉ

Le paragraphe 142.5(3) L.I.R. prévoit des règles relatives au calcul du revenu d'une institution financière pour une année d'imposition en ce qui a trait aux intérêts payés ou courus afférents aux TCD qui constituent des BÉVM pour celle-ci.

En vertu de l'alinéa 142.5(3)a), les règles prévues à l'alinéa 12(1)c), au paragraphe 12(3) et aux paragraphes 20(14) et 20(21) L.I.R. concernant l'inclusion des intérêts dans le revenu de l'institution financière ne s'appliquent pas aux TCD qui constituent des BÉVM. Selon l'alinéa 142.5(3)b) L.I.R., ces intérêts sont plutôt à inclure dans le revenu de l'institution financière au moment où les intérêts sont reçus, et ce, contrairement aux règles prévues au paragraphe 12(3) L.I.R. sur les intérêts courus mais non payés qui sont applicables à certains contribuables autres que des particuliers. Les intérêts courus et à recevoir font partie de la juste valeur marchande du TCD et sont constatés au moment où le titre est réputé faire l'objet d'une disposition en vertu des règles générales prévues au paragraphe 142.5(2) L.I.R., lesquelles visent la disposition réputée des BÉVM détenus par une institution financière en général.

Par ailleurs, l'alinéa 142.5(3)a) L.I.R. prévoit que le paragraphe 20(14) L.I.R. ne s'applique pas au TCD qui constitue un BÉVM. En vertu du paragraphe 20(14) L.I.R., l'acheteur d'un TCD peut déduire les intérêts courus avant l'acquisition du titre. Dans le cas des TCD qui constituent des BÉVM, cette déduction n'est pas utile étant donné que le coût des TCD pour un acquéreur éventuel comprend un montant au titre des intérêts courus. Le montant payé au titre des intérêts courus est donc pris en compte dans le calcul du gain ou de la perte résultant de la disposition du titre aux fins fiscales.

6.2. TITRE DE CRÉANCE DÉTERMINÉ QUI N'EST PAS CONSIDÉRÉ COMME UN BIEN ÉVALUÉ À LA VALEUR DU MARCHÉ

Parallèlement à l'annonce de règles sur les BÉVM détenus par les institutions financières lors de la présentation du Budget du 22 février 1994, des mesures visant l'imposition des titres de créance qui ne sont pas des BÉVM ont été annoncées. Ces mesures visent à faire en sorte que :

- les escomptes ou primes lors de l'acquisition du titre soient amortis jusqu'à l'échéance du titre; et

- les profits ou pertes réalisés lors de la disposition du titre avant échéance soient aussi amortis jusqu'à l'échéance du titre⁴⁹.

Constatation du rendement total

Selon l'article 142.3 L.I.R., est déterminé par règlement le montant qui doit être inclus ou déduit dans le calcul du revenu annuel d'une institution financière qui détient un TCD qui ne constitue ni un BÉVM ni un « titre de créance indexé »⁵⁰ car ce TCD est reflété aux états financiers au coût après amortissement (appelé coût amorti dans les IFRS) et non à sa juste valeur conformément à la méthode comptable qui lui est applicable.

La méthode de calcul est prévue à l'article 9101 R.I.R. Ainsi, le montant à inclure ou à déduire dans le revenu de l'institution financière pour une année d'imposition est fonction de trois paramètres, à savoir : 1) le rendement couru du titre pour l'année, 2) le montant de régularisation relativement au titre pour l'année, et 3) dans le cas d'un titre libellé en monnaie étrangère, le « montant d'ajustement sur change » relativement au titre pour l'année.

De façon générale, le rendement couru d'un titre pour une année d'imposition est le rendement total attendu par l'institution financière à supposer que l'institution financière détienne le titre jusqu'à son échéance et que le rendement soit attribué à l'année en conformité avec les principes de constatation du revenu par régularisation.

Les articles 9102 et 9103 R.I.R. portent sur le calcul du rendement couru. Le montant de régularisation est le montant qui doit être appliqué au rendement couru des années antérieures pour tenir compte d'événements subséquents.

Par exemple, le rendement couru pour une année peut avoir été fondé sur une estimation d'un paiement futur prévu par le titre. Lorsque le montant réel du paiement est connu et que l'estimation doit être révisée, un montant

⁴⁹ CANADA, ministre des Finances, précité, note 42. Voir aussi CANADIAN FEDERAL BUDGET, *Canada Tax Service*, Scarborough, Ont., Carswell, 1994, feuilles mobiles, p. 3-18.

⁵⁰ L'expression « titre de créance indexé », définie au paragraphe 248(1) L.I.R., vise un titre de créance dont les modalités prévoient l'ajustement déterminé en fonction de la variation du pouvoir d'achat de la monnaie relative au titre pour une période au cours de laquelle il était en circulation.

de régularisation doit être déterminé. Les paragraphes 9102(4) et 9102(5) R.I.R. portent sur le calcul du montant de régularisation.

Quant au montant d'ajustement sur change relativement à un titre libellé en monnaie étrangère, il correspond au montant déterminé selon l'article 9104 R.I.R. Le montant d'ajustement sur change représente le changement que subit la valeur d'un titre libellé en monnaie étrangère en raison de la variation de cette monnaie par rapport au dollar canadien. Le montant d'ajustement sur change influe sur le « montant de base » tel que défini au paragraphe 142.4(1) L.I.R., lequel sert à établir le montant du gain et de la perte résultant de la disposition du titre.

Amortissement du gain ou de la perte

L'article 142.4 L.I.R. décrit la méthode de calcul du gain ou de la perte résultant de la disposition d'un TCD qui ne constitue pas un BÉVM. Le gain ou la perte provenant de la disposition d'un tel TCD est calculé en fonction de la différence entre le « montant de base », tel que défini au paragraphe 142.4(1) L.I.R., et le produit de disposition du TCD. En vertu du paragraphe 142.4(4) L.I.R. et de l'article 9203 R.I.R., le contribuable doit amortir le gain ou la perte résultant de la disposition sur le terme restant à l'égard du titre.

Le paragraphe 142.4(5) L.I.R. prévoit cependant que certains titres ne peuvent bénéficier de la règle d'amortissement du gain ou de la perte décrite au paragraphe 142.4(4) L.I.R. Ainsi, cette règle d'amortissement ne s'applique pas à des TCD qui sont soit un « titre de créance indexé », tel que défini au paragraphe 248(1) L.I.R., soit un titre de créance visé par règlement⁵¹.

⁵¹ Les titres de créance visés par règlement aux fins du sous-alinéa 142.4(5)a(ii) L.I.R. sont décrits aux paragraphes 9202(4) et 9202(5) R.I.R. Par exemple, en vertu du paragraphe 9202(5) R.I.R., il s'agira d'un titre de créance dont la disposition a entraîné l'extinction de l'obligation constatée par le titre, ou d'un titre à l'égard duquel le contribuable avait le droit d'en exiger le règlement en tout temps, ou que le débiteur avait le droit de régler en tout temps.

7. DISPOSITIONS RÉPUTÉES DIVERSES

7.1. CONSÉQUENCES DU CHANGEMENT DE STATUT D'UNE INSTITUTION FINANCIÈRE

En vertu de l'article 142.6 L.I.R., dans le cas où un contribuable devient une institution financière ou cesse d'en être une, les règles suivantes s'appliqueront :

- 1) selon l'alinéa 142.6(1)a L.I.R., l'année d'imposition du contribuable est réputée s'être terminée immédiatement avant le moment du changement et une nouvelle année d'imposition est réputée avoir commencé à ce moment. Cette règle s'appliquera aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans son ensemble et non uniquement aux fins des règles sur les BÉVM. Le but de cette fin d'année réputée est de veiller à ce que les règles sur les BÉVM soient applicables dès le changement de statut de sorte que l'augmentation de valeur des BÉVM détenus à ce moment soit soumise aux règles relatives aux BEMV;
- 2) selon l'alinéa 142.6(2)b L.I.R., le contribuable qui devient une institution financière sera réputé avoir disposé, immédiatement avant la fin de son année d'imposition donnée qui se termine immédiatement avant le moment du changement de statut, des BÉVM et TCD (autres que les TCD qui sont des BÉVM) détenus pour un produit égal à la juste valeur marchande au moment de la disposition⁵²;

⁵² L'alinéa 142.6(1)b a été modifié par la *Loi de 2012 apportant des modifications techniques concernant l'impôt et les taxes*, L.C. 2013, ch. 34, sanctionnée le 26 juin 2013, par. 289(1). Cette modification est applicable aux années d'imposition se terminant après 1998. Selon les notes explicatives jointes au Projet de loi C-48 :

« La présomption de disposition énoncée à l'alinéa 142.6(1)b fait en sorte que les montants qui sont inclus dans le revenu du contribuable pour son année d'imposition subséquente (c'est-à-dire, l'année d'imposition qui comprend le moment du changement d'état), par l'effet des règles sur les BÉVM énoncées aux articles 142.3 et 142.5, ne comprennent pas les gains ou les pertes qui se sont accumulés avant le début de l'année d'imposition subséquente. L'alinéa 142.6(1)b est modifié de sorte qu'il soit possible d'en arriver à ce résultat dans le cas des BÉVM. Selon la version modifiée de cet alinéa, le contribuable est réputé avoir disposé, immédiatement avant la fin de son année d'imposition donnée se terminant immédiatement avant le moment du changement d'état et pour un produit égal à la juste valeur marchande au moment de cette disposition, de ses BÉVM :

- 3) selon l'alinéa 142.6(1)c) L.I.R., le contribuable qui cesse d'être une institution financière sera réputé avoir disposé immédiatement avant la fin de son année d'imposition qui se termine immédiatement avant le changement de statut, de chaque bien détenu qui constitue un TCD autre qu'un BÉVM, pour un produit égal à la juste valeur marchande du bien au moment de la disposition;
- 4) selon l'alinéa 142.6(1)d) L.I.R., le contribuable qui cesse ou devient une institution financière est réputé avoir acquis de nouveau, à la fin de son année d'imposition qui se termine immédiatement avant le moment du changement de statut, chaque bien dont il est réputé, par les alinéas 142.6(1)b) et 142.6(1)c) L.I.R., avoir disposé, à un coût égal au produit de disposition du bien⁵³.

Ces règles de dispositions réputées seront le plus souvent applicables en pratique lorsqu'une société devient ou cesse d'être contrôlée par une institution financière.

7.2. CESSATION DE PARTICIPATION NOTABLE

En vertu du paragraphe 142.6(1.6) L.I.R., lorsqu'à la fin d'une année d'imposition donnée, une institution financière détient une action du capital-actions d'une société dans laquelle elle détenait une participation notable au cours de l'année donnée, mais que l'action constitue un BÉVM pour l'année d'imposition subséquente en raison du fait que l'institution financière cesse d'avoir une participation notable dans la société, l'institution est réputée, d'une part, avoir disposé de l'action immédiatement avant la fin de l'année donnée pour un produit de disposition égal à sa juste valeur marchande et, d'autre part, avoir acquis l'action à la fin de l'année donnée à un coût égal à

(...suite)

- soit pour l'année d'imposition donnée,
- soit pour l'année d'imposition subséquente. »

⁵³ L'alinéa 142.6(1)d) a été modifié par la *Loi de 2012 apportant des modifications techniques concernant l'impôt et les taxes*, L.C. 2013, ch. 34, sanctionnée le 26 juin 2013, par. 289(1). Cette modification est applicable aux années d'imposition se terminant après 1998. Selon les notes explicatives jointes au Projet de loi C-48, cette modification fait suite à la modification de l'alinéa 142.6(1)b) L.I.R. « de sorte que le contribuable soit réputé avoir acquis de nouveau, à la fin de son année d'imposition se terminant immédiatement avant le moment du changement d'état, chaque bien dont il est réputé par l'alinéa 142.6(1)b) ou c) avoir disposé, à un coût égal au produit de disposition du bien ».

ce produit de disposition. Dans le cas où l'institution financière cesse d'avoir une participation notable dans une société dans l'année 2, ce changement provoquera donc une disposition réputée de la participation à la fin de l'année 1. Ainsi, l'effet de cette disposition sera de faire en sorte que l'institution financière devienne assujettie aux règles sur les BÉVM dès le début de l'année d'imposition dans laquelle l'institution a cessé d'avoir une participation notable dans la société.

Il convient de noter que le paragraphe 142.6(1.6) L.I.R. ne sera pas applicable si les actions de la société dans laquelle l'institution financière cesse d'avoir une participation notable constituent par ailleurs des biens exclus de la définition de BÉVM. Dans ce cas, malgré le fait que l'institution financière cessera d'avoir une participation notable dans la société, les actions de celle-ci ne deviendront pas pour autant des BÉVM.

CONCLUSION

Nous voulions montrer la complexité des règles fiscales sur les BÉVM détenus par les institutions financières en exposant les grandes lignes de ces règles. Celles-ci sont relativement peu connues et leur application est susceptible d'engendrer de sérieuses conséquences fiscales. Certaines structures d'investissement peuvent, par inadvertance, être visées par ces règles, particulièrement dans le contexte de fonds dans lesquels une institution financière et une filiale ou sous-filiale de celle-ci sont susceptibles d'investir. Il est donc primordial d'avoir une bonne vue d'ensemble du régime relatif aux BÉVM et de prendre ensuite conseil auprès de spécialistes afin d'éviter les conséquences fiscales inattendues qui peuvent résulter de son application.

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 plus de 2 500 membres.

ACTIVITÉS DE FORMATION

L'APFF organise, dans quatre régions administratives du Québec, des séminaires, colloques, symposiums et autres conférences, animés par des conférenciers chevronnés, sur toutes les dimensions de la planification fiscale et financière.

L'APFF donne également, à raison de deux sessions par année, des cours en fiscalité (**Impôt des sociétés** – série 1; **Acquisition et réorganisation corporative** – série 2; **Planification fiscale et financière** – série 3; **Gestion du patrimoine fiscal et financier** – série 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 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 de l'APFF*, est offert 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 de l'APFF* est maintenant commercialisée par **Carswell, une société Thomson**, par **Knotia** et par **Publications CCH Itée**, et est vendue par abonnement.

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
2013-2014**

Président du conseil

Alain Ménard, avocat, BA, MBA, associé
Cain Lamarre Casgrain Wells s.e.n.c.r.l./Avocats

Vice-président

Stéphane Leblanc, CPA, CA, associé, fiscalité
Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.

Trésorière

Suzanne Landry, Ph. D., M. Fisc., FCPA, FCA, FCMA
HEC Montréal

Secrétaire

Martin Lord, avocat, M. Fisc., J.D., TEP, associé, fiscalité
Robinson Sheppard Shapiro s.e.n.c.r.l., Avocats

Président sortant

René Roy, avocat, CPA, CA, associé
Fasken Martineau DuMoulin s.e.n.c.r.l., s.r.l.

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

Élaine-Nathalie Lamontagne, CPA, CGA, M. Fisc.
Deloitte s.e.n.c.r.l.

Sophie Martin, avocate, M. Fisc.
Stein Monast s.e.n.c.r.l.

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 s.e.n.c.r.l.

Président-directeur général

Maurice Mongrain, avocat
APFF

MEMBRES CORPORATIFS APFF

AGENCE DU REVENU DU CANADA

ALMA CONSULTING GROUP CANADA INC.

ALTRO LEVY S.E.N.C.R.L.

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

BLUE BRIDGE

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

DELOITTE S.E.N.C.R.L.

DEMERS BEAULNE S.E.N.C.R.L.

DENTONS CANADA S.E.N.C.R.L.

DESJARDINS SÉCURITÉ FINANCIÈRE – MONTRÉAL

DUFOUR, CHARBONNEAU, BRUNET & ASSOCIÉS INC.
COMPTABLES PROFESSIONNELS AGRÉÉS

DYNAVISION/RS & DE

EKITAS

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

FINALTA CAPITAL CII-ITC INC.

FINANCIÈRE MANUVIE

FINANCIÈRE SUN LIFE

FISC-CAP, SERVICES CONSEILS INC.

FONDAFIP

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.

INOVEX CONSEILS INC.

INSTITUT QUÉBÉCOIS DE PLANIFICATION FINANCIÈRE (IQPF)

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

LEMIEUX CANTIN S.E.N.C.R.L.

LEMIEUX NOLET, COMPTABLES PROFESSIONNELS AGRÉÉS
S.E.N.C.R.L.

MALLETTE S.E.N.C.R.L.

MNP S.E.N.C.R.L., S.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

RICHTER

RIO TINTO CANADA

SERVICES DE GESTION DE PATRIMOINE RBC/DOMINION
VALEURS MOBILIÈRES

T.E. MIRADOR

TROWBRIDGE PROFESSIONAL CORPORATION/CABINET DE
FISCALITÉ

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL – DIVISION DES DONS MAJEURS ET
PLANIFIÉS

VILLENEUVE VENNE S.E.N.C.R.L.