

apff

association
de planification
fiscale et financière

R E V U E

APFF

PLANIFICATION FISCALE ET SUCCESSORALE

Vol. 29, n° 2 • 2009

L'utilisation législative du concept de contrôle de droit <i>Nicole Prieur</i>	193
L'acquisition du contrôle de droit dans le cas du mandat donné en prévision de l'incapacité <i>Boriana Christov</i>	249
La décision <i>GlaxoSmithKline</i> et ses surprises <i>Jean-Pierre Vidal</i>	273
Capital versé québécois et capital imposable fédéral : une analyse comparative <i>Julie Hélène Tremblay</i>	329
L'affaire <i>OGT Holdings Ltd. c. SMRQ</i> : quand les tribunaux évitent la question <i>Hugo Gravel</i>	389

Revue de planification fiscale et successorale

Cette publication doit être citée : (2009), vol. 29, n° 2
*Revue de planification fiscale
et successorale*

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

Veuillez adresser toute correspondance à :

APFF

1100, boul. René-Lévesque Ouest, bureau 660

Montréal (Québec) H3B 4N4

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

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

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

© 2009, Association de planification fiscale et financière

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

ISSN 0708-5079

Dépôt légal, 3^e trimestre 2009

Bibliothèque nationale du Québec

Bibliothèque nationale du Canada

COMITÉ DE LA REVUE

PRÉSIDENTE :

Suzanne Landry, Ph. D., M. Fisc., FCA, FCMA
Professeure titulaire de comptabilité
et fiscalité Roland-Chagnon

HEC Montréal

COORDONNATRICE :

Diane Gagnon, avocate

Directrice de l'édition – APFF

MEMBRES :

Marie-Pierre Allard, avocate, M. Fisc.

Université de Sherbrooke

Mélanie Beaulieu, avocate

Agence du revenu du Canada

France Bordeleau, CGA, M. Fisc.

Standard Life

Kathleen Comeau, M. Fisc.

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

Paule Gauthier, CA, LL.M. fisc., TEP

RBC Dominion Valeurs Mobilières

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

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

Chantal Jacquier, avocate

Jean-François Lemoine, CA,
LL.M. fisc.

Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.

Michel Ostiguy, avocat, M. Fisc.

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

Dave Santerre, CA, LL.M. fisc.

PricewaterhouseCoopers s.r.l./s.e.n.c.r.l.

Julie Hélène Tremblay, avocate,
M. Fisc.

Dufour Charbonneau Brunet & Ass.

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

HEC Montréal

MEMBRE D'OFFICE :

Maurice Mongrain, avocat

Président-directeur général – APFF

Toute personne, membre de l'APFF, désireuse de participer aux travaux de la *Revue* peut communiquer avec M^e Diane Gagnon, directrice de l'édition, par téléphone au (514) 866-2733, poste 209, ou sans frais au 1 877 866-2733, ou à l'adresse électronique suivante : gagnond@apff.org.

POLITIQUE ÉDITORIALE

Toute personne, membre de l'APFF, intéressée à publier dans la *Revue de planification fiscale et successorale* est invitée à soumettre un texte à l'APFF.

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

Un texte présenté pour une éventuelle publication dans la *Revue* ne devra pas avoir été publié ailleurs ou être soumis chez un autre éditeur. Le texte doit être rédigé en français et ne doit pas dépasser 17 500 mots.

Le texte sera soumis à une double lecture à l'aveugle; l'identité de l'auteur ne sera pas connue des réviseurs au moment de l'évaluation. Bien que certains réviseurs *ad hoc* soient aussi consultés, la majorité des réviseurs sont choisis parmi les membres du comité de rédaction de la *Revue*.

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

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

L'auteur dont l'article est accepté pour publication devra soumettre un résumé de 200 à 300 mots en français et en anglais.

Un texte approuvé sera par la suite revu et corrigé par le service de l'édition et soumis aux normes de présentation de l'APFF pour sa publication dans la *Revue*.

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

SOMMAIRE DE LA REVUE

Vol. 29, n° 2 • 2009

- **L'utilisation législative du concept de contrôle de droit**
Nicole Prieur 193
 - **L'acquisition du contrôle de droit dans le cas du mandat donné en prévision de l'incapacité**
Boriana Christov 249
 - **La décision *GlaxoSmithKline* et ses surprises**
Jean-Pierre Vidal 273
 - **Capital versé québécois et capital imposable fédéral : une analyse comparative**
Julie Hélène Tremblay 329
 - **L'affaire *OGT Holdings Ltd. c. SMRQ* : quand les tribunaux évitent la question**
Hugo Gravel 389
-

L'UTILISATION LÉGISLATIVE DU CONCEPT DE CONTRÔLE DE DROIT

NICOLE PRIEUR, CGA, LL.M. FISC.
PROFESSEURE AGRÉGÉE
HEC MONTRÉAL

PRÉCIS

La notion de contrôle *de jure* n'est pas définie dans la loi et son interprétation résulte des nombreux jugements rendus par les tribunaux canadiens. Ces mêmes instances ont confirmé à plusieurs reprises que, dans les cas où le législateur utilise précisément le mot « contrôle » ou « contrôlée » dans son texte, il fait alors référence au contrôle *de jure* par opposition au contrôle *de facto*. Le présent article répertorie et commente toutes les dispositions de la loi qui emploient ces mots, afin de bien cerner celles qui visent la stricte notion du contrôle de droit. Ce recensement permet de constater qu'en de nombreuses occasions, tout en utilisant le même vocable, le législateur insère dans son texte des fictions ou des présomptions qui font en sorte de modifier le sens usuel accordé au contrôle *de jure*. Cet article constitue un outil devant permettre au praticien de faire une lecture plus éclairée de la loi puisqu'il fait ressortir les dispositions dans lesquelles la notion de contrôle de droit est élargie.

ABSTRACT

The concept of *de jure* control is not defined in the law and its meaning is derived from the many judgments given by the Canadian courts. On several occasions, caselaw has confirmed that, whenever the legislator specifically uses the word "control" or "controlled", reference is made to *de jure* control and not to *de facto* control. This article compiles and comments on all the provisions of the law which employ these words in order to identify those that seek to apply the strict notion of the legal control. What emerges from this review is that, while using the same term, the legislator inserts fictions or presumptions into the text on many circumstances which modify the usual meaning of *de jure* control. This article serves as a tool to enable the expert to make a more enlightened

reading of the law since it emphasizes the provisions in which the concept of legal control is widened.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	197
1. LA NOTION DE CONTRÔLE D'UNE SOCIÉTÉ.....	197
1.1. LE CONTRÔLE DE DROIT (<i>DE JURE</i>) – SA DÉFINITION.....	199
1.2. LE CONTRÔLE DE DROIT (<i>DE JURE</i>) – DIRECT OU INDIRECT.....	201
1.3. LE CONTRÔLE DE DROIT (<i>DE JURE</i>) – EXERCÉ PAR UNE PERSONNE OU PAR UN GROUPE DE PERSONNES.....	201
1.3.1. La position des tribunaux.....	202
1.3.2. La position administrative.....	204
1.4. LE CONTRÔLE SIMULTANÉ – PARAGRAPHE 256(6.1) L.I.R.	205
1.5. EN CONCLUSION	206
2. LES DISPOSITIONS DE LA LOI QUI EMPLOIENT LE CONTRÔLE DE DROIT.....	207
2.1. LE CONTRÔLE DE DROIT À L'ÉTAT... PUR	207
2.1.1. Circonscrire les limites d'une mesure fiscale avantageuse ou le partage de l'avantage	208
2.1.2. Instaurer une règle spécifique antiévitement.....	215
2.1.3. En conclusion.....	217
2.2. LE CONTRÔLE DE DROIT... ÉLARGI.....	217
2.2.1. Circonscrire les limites d'une mesure fiscale avantageuse ou le partage de l'avantage	218
2.2.2. Instaurer une règle spécifique antiévitement.....	230
2.2.3. En conclusion.....	245
CONCLUSION	245

INTRODUCTION

Depuis le 13 septembre 1988¹, la *Loi de l'impôt sur le revenu*² affiche de façon claire les dispositions qui font expressément référence au concept du contrôle de droit (*de jure*) par opposition à celles qui visent plutôt la représentation du contrôle de fait (*de facto*). Pour marquer cette différence, le paragraphe 256(5.1) L.I.R. souligne que « lorsque l'expression "contrôlée, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit," est utilisée »³, la *Loi de l'impôt sur le revenu* vise précisément le contrôle de fait, c'est-à-dire le cas où une « entité dominante a une influence directe ou indirecte dont l'exercice entraînerait le contrôle de fait »⁴. C'est donc dire qu'en toutes autres occasions, il faut s'en remettre au concept plus restreint du contrôle de droit.

Puisque le législateur a choisi à dessein de distinguer ces deux thèmes, l'objectif du présent article est de déterminer les dispositions précises de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui traitent directement du contrôle de droit puis d'en faire ressortir les visées. Cela fournira au praticien un outil efficace lui permettant de repérer facilement les embûches.

1. LA NOTION DE CONTRÔLE D'UNE SOCIÉTÉ

Le concept générique du contrôle est habituellement utilisé par la *Loi de l'impôt sur le revenu* afin d'établir le statut fiscal d'une société⁵ ou encore de caractériser les relations qui s'établissent entre la société et les personnes qui gravitent autour d'elle. À ce titre, on fait référence par exemple à la notion de personnes « liées »⁶, « affiliées »⁷ ou à celle de deux sociétés « associées »⁸.

¹ Par le biais du Projet de loi C-139, c. 55, par. 192(3), lequel a reçu l'assentiment royal le 13 septembre 1988. La disposition s'est appliquée à compter des années d'imposition commençant après 1988.

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

³ Par. 256(5.1) L.I.R.

⁴ *Id.*

⁵ Par exemple, par. 89(1) « société privée » ou par. 125(7) « société privée sous contrôle canadien » L.I.R.

⁶ Par. 251(2) L.I.R.

⁷ Art. 251.1 L.I.R.

⁸ Art. 256 L.I.R.

Mais en fait, l'application législative du contrôle balaie un spectre beaucoup plus large puisqu'elle peut, entre autres, limiter le droit d'un contribuable à une provision pour gain en capital⁹, déclencher des règles fiscales particulières lors de l'acquisition du contrôle d'une société¹⁰ ou même servir à décrire le placement non admissible d'une fondation privée¹¹. C'est pourquoi il est impératif de bien cerner toutes les dispositions de la loi qui traitent de la notion de contrôle de droit.

Au cours des dernières années, faisant suite à une jurisprudence nombreuse et variée portant sur le sujet, plusieurs articles ont traité en profondeur de la notion de contrôle de fait¹². Ce volet du contrôle sera donc volontairement exclu de la présente analyse. Cependant, aucun texte de doctrine n'a passé en revue les mesures de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui arboraient désormais les seules couleurs du contrôle de droit; cela constitue l'objectif de la présente étude. Bien que les règles fiscales particulières portant sur l'acquisition du contrôle d'une société¹³ fassent directement usage de la notion de contrôle de droit, elles n'y seront pas traitées puisqu'elles ont déjà fait l'objet de nombreux articles¹⁴.

⁹ S.-al. 40(2)a)(ii) L.I.R.

¹⁰ Par exemple, par. 10(10) et 13(24), al. 37(1)h), par. 111(4) à 111(5.5) et par. 249(4) L.I.R.

¹¹ Par. 149.1(1) L.I.R.

¹² Voir Louis TASSÉ, « Contrôle de fait et règles sur les sociétés associées », dans *Congrès 98*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1999, pp. 22:1-48; du même auteur, « Le contrôle de fait – Développement récents », dans *Congrès 2004*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 20:1-32; Nicole PRIEUR et Maryse MAYER, « Le fait et la théorie de l'influence », (2005), vol. 53, n° 1 *Revue fiscale canadienne* 62-106; Paul A. LEFEBVRE et Roger TAYLOR, « "Contrôlée directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit", de Buckerfield's à Silicon Graphics Ltd. », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 28:1-28.

¹³ *Supra*, note 10.

¹⁴ Richard GAGNÉ, « Acquisition de contrôle », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 7:1-28; Éric JULIEN, « Conséquences fiscales relatives à l'acquisition d'une société canadienne par une société publique ou par une société non résidente », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 15:1-26; Bruno VÉZINA et Sylvain MONARQUE, « Revue diligente dans le cadre de l'acquisition d'une PME », dans *Colloque – Achat/vente d'une PME – Planification fiscale pour l'acheteur et le vendeur*, 103, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 1:1-30; François AUGER, « Aspects fiscaux de l'acquisition de contrôle », (1997), vol. 19, n° 3 *Revue de planification fiscale et successorale* 577-610; David N. FINKELSTEIN et Margaret NIXON, « Takeovers », dans (à suivre...)

1.1. LE CONTRÔLE DE DROIT (*DE JURE*) – SA DÉFINITION

La notion de contrôle de droit (*de jure*) n'est pas définie dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* en dépit du fait qu'elle soit fréquemment sollicitée. Elle tire plutôt sa source de la jurisprudence et sa définition se module sur quelques décennies. Le mot de la fin appartient à la Cour suprême du Canada, par un jugement rendu en 1998 dans l'affaire *Duha Printers (Western) Ltd. c. La Reine*¹⁵ :

« (2) Le critère général du contrôle *de jure* a été énoncé dans l'arrêt *Buckerfield's*, précité : il s'agit de décider si l'actionnaire majoritaire exerce un "contrôle effectif" "sur les affaires et les destinées" de la société, contrôle qui ressort de la "propriété d'un nombre d'actions conférant la majorité des voix pour l'élection du conseil d'administration"¹⁶. » (Notre soulignement)

Ainsi, conformément aux conclusions de la Cour de l'Échiquier émises en 1964 dans l'arrêt *Buckerfield's*, le contrôle *de jure* découle de la détention d'un nombre suffisant d'actions comportant droit de vote permettant d'élire la majorité des administrateurs au conseil d'administration. Cependant, la Cour suprême précise que pour octroyer définitivement le contrôle de droit à l'actionnaire majoritaire, cette propriété d'actions doit néanmoins lui permettre d'exercer un « contrôle effectif » sur « les affaires et les destinées » de la société :

« (3) Pour décider s'il y a "contrôle effectif", il faut prendre en considération ce qui suit :

- a) la loi qui régit la société;
- b) le registre des actionnaires de la société;
- c) toute restriction, particulière ou exceptionnelle, imposée soit au pouvoir de l'actionnaire majoritaire de contrôler l'élection du conseil, soit au pouvoir du

(...suite)

2004 *Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2005, pp. 21:1-59, aux pages 21:14-59.

¹⁵ 98 D.T.C. 6334 (C.S.C.) (ci-après « *Duha Printers* »). Précédemment, la Cour suprême du Canada avait confirmé le jugement *Buckerfield's Ltd. et autres c. MRN*, 64 D.T.C. 5301 (C. de l'É.) (ci-après « *Buckerfield's* ») dans l'affaire *MRN c. Dworkin Furs (Pembroke) Ltd.*, 67 D.T.C. 5035 (C.S.C.).

¹⁶ *Duha Printers*, précité, note 15, par. 85.

conseil de gérer l'entreprise et les affaires internes de la société, qui ressort de l'un ou l'autre des documents suivants :

- (i) des actes constitutifs de la société;
- (ii) d'une convention unanime des actionnaires.

(4) Les documents autres que le registre des actionnaires, les actes constitutifs et les conventions unanimes des actionnaires ne doivent généralement pas être pris en considération à cette fin¹⁷. » (Notre soulignement)

De ce jugement se dégage, malgré la détention majoritaire des actions comportant droit de vote, l'obligation d'établir le contrôle légal d'une société à partir des documents qui tirent leur source des lois constitutives (incluant la convention unanime d'actionnaires¹⁸) et du registre des actionnaires. Tous les autres documents de nature plus contractuelle que juridique ne doivent généralement pas être consultés à cet égard. La Cour suprême n'a cependant pas donné un poids important au fait que l'actionnaire majoritaire soit privé, par la convention unanime d'actionnaires, du droit d'élire les personnes de son choix au conseil d'administration. Étant donné sa très large portée, l'arrêt *Duha Printers* a donné lieu à d'abondantes analyses¹⁹ auxquelles le lecteur devrait se référer.

Plus récemment, dans l'affaire *Plomberie J.C. Langlois inc. c. La Reine*²⁰, la Cour d'appel fédérale a entériné la position de la Cour canadienne de l'impôt de n'accorder aucune importance à la convention unanime d'actionnaires, pour motif qu'elle n'a « pas été respectée dans ses aspects essentiels ». Ainsi, lorsque les parties ne reconnaissent pas elles-mêmes les clauses de la convention, le

¹⁷ *Id.*

¹⁸ Il est supposé que ce soit au sens de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), c. C-44 et mod. (ci-après « L.C.S.A. »), par. 146(1), puisque l'arrêt *Duha Printers* était basé sur la loi constitutive de l'Alberta.

¹⁹ Voir par exemple Robert COUZIN, « Some Reflections on Corporate Control », (2005), vol. 53, n° 2 *Revue fiscale canadienne* 305-332; Louis TASSÉ, « Les notions de contrôle – Le contrôle de droit et le contrôle de fait », dans *Colloque – Contrôle d'une société*, 91, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1999, pp. 1:1-53; Philippe-Antoine MORIN, « Incidences des conventions entre actionnaires sur le contrôle des sociétés et sur les liens entre entités », *Colloque – Planification successorale, relève d'entreprise et conventions d'actionnaires*, 166, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 2:1-39, section 1.1, aux pages 2:4-11.

²⁰ 2007 D.T.C. 5662 (C.A.F.).

tribunal refuse également de le faire. Par contre, dans l'affaire *Avotus Corporation c. La Reine*²¹ qui portait essentiellement sur l'analyse du contrôle de fait, le juge Paris a signifié en *obiter dictum*²² que le contribuable en cause détenait même le contrôle de droit sur la société. En effet, en tant que président du conseil d'administration, il avait un droit de vote prépondérant, ce droit lui étant octroyé par la convention de fusion ainsi que par les actes constitutifs. À la suite de l'affaire *Duha Printers*, ces documents doivent nécessairement être analysés en vue d'établir le contrôle de la société.

1.2. LE CONTRÔLE DE DROIT (DE JURE) – DIRECT OU INDIRECT

Dans le jugement *Vineland Quarries and Crushed Stone Ltd. c. MRN* rapporté par la Cour de l'Échiquier, puis confirmé sans motif par la Cour suprême du Canada en 1967²³, on a pu constater que le contrôle d'une société peut s'exercer tant de façon directe qu'indirecte. À la lumière de la jurisprudence britannique, la Cour a établi qu'il fallait nécessairement, lorsqu'une société était contrôlée par une autre société, regarder au-delà du registre des actionnaires afin d'identifier le détenteur ultime du contrôle de la première société. Il est important de noter que cette percée du registre des actionnaires ne peut s'exercer que lorsqu'une société est « contrôlée » de droit par une autre société et non en toutes circonstances²⁴. Cette règle de droit revêt toute son importance en matière d'acquisition de contrôle d'une société, puisque les règles fiscales s'appliqueront tant pour la société acquise que pour toutes les sociétés détenues en cascade et contrôlées par la société acquise.

1.3. LE CONTRÔLE DE DROIT (DE JURE) – EXERCÉ PAR UNE PERSONNE OU PAR UN GROUPE DE PERSONNES

Les tribunaux canadiens ont eu tôt fait de devoir évaluer si le contrôle de droit d'une société pouvait se trouver dans les mains d'une seule personne et/ou dans celles d'un groupe de personnes.

²¹ 2007 D.T.C. 215 (C.C.I.).

²² *Id.*, par. 71.

²³ 67 D.T.C. 5283 (C.S.C.) (ci-après « *Vineland Quarries* »).

²⁴ Par exemple, si la société A est contrôlée à 60 % par la société B, il sera obligatoire d'examiner l'actionnariat de la société B pour déterminer qui contrôle réellement la société A. Cependant, si la société A est détenue à 30 % par la société B, il n'y a pas lieu de se référer au registre des actionnaires de la société B, puisque la société B ne contrôle pas la société A.

1.3.1. La position des tribunaux

Tout d'abord dans l'affaire *Buckerfield's*, la Cour a déterminé qu'un « groupe » signifiait la réunion de deux personnes ou plus; elle n'a cependant pas caractérisé les liens qui devaient en unir les membres. Plus tard, soit en 1968, la Cour suprême du Canada a énoncé pour la première fois un principe majeur en matière de contrôle des sociétés²⁵ : non seulement il est possible qu'une société soit contrôlée de droit par un groupe de personnes, mais il est également concevable que plusieurs groupes de personnes soient en mesure de contrôler de droit une seule et même société. Cependant, la Cour a précisé que la formation de groupes de contrôle ne pouvait être laissée au hasard et qu'il était nécessaire que des liens communs suffisants en joignent les membres. Cette position entérinait une décision rendue antérieurement par la Cour de l'Échiquier dans l'affaire *Yardley Plastics of Canada Ltd. c. MRN*²⁶. La description du type de lien visé en vue d'exercer le contrôle de droit a été plus récemment précisée par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Silicon Graphics Ltd. c. La Reine* : « Ce lien doit inclure, notamment, une entente de vote, une entente pour agir de concert ou des liens commerciaux ou familiaux »²⁷.

Évidemment, la Cour n'avait pas à établir une liste exhaustive de tous les types de relations qui auraient eu pour conséquence de créer des liens suffisants entre les membres du groupe. Il est cependant intéressant de noter que la Cour ait considéré que les liens commerciaux et familiaux puissent « notamment » être à la source du contrôle de droit. Ces deux derniers éléments, pris isolément, caractérisent plus généralement le contrôle de fait que le contrôle de droit. Par contre, s'il était vérifié que les membres d'une même famille agissaient de concert en vue de contrôler la société, ils pourraient alors constituer un groupe de contrôle de droit.

Comme l'avait indiqué précédemment le juge Dubé dans l'affaire *Regal Wholesale Ltd. c. La Reine*²⁸, on doit pouvoir retrouver une certaine

²⁵ *Vina-Rug (Canada) Ltd. c. MRN*, 68 D.T.C. 5021 (C.S.C.) (ci-après « *Vina-Rug* »).

²⁶ 66 D.T.C. 5183 (C. de l'É.).

²⁷ 2002 D.T.C. 7112 (C.A.F.), infirmant 2001 D.T.C. 379 (C.C.I.) (ci-après « *Silicon Graphics* »), par. 36.

²⁸ 76 D.T.C. 6146 (C.F. 1^{re} inst.).

« communauté d'intérêt » entre les membres d'un groupe avant de conclure à l'association des éléments²⁹.

Lorsque le contrôle d'une société appartient à une fiducie, il est de l'avis de la Cour suprême du Canada³⁰ que ce sont les fiduciaires qui, conformément à l'acte de fiducie³¹, détiennent le contrôle de la société puisqu'ils ont le droit de voter sur les actions. Dans l'affaire *The Estate of Carl Edward Miller c. La Reine*³², il a été convenu qu'un ordre de la Cour qui suspend temporairement le droit de distribution des actifs de la succession ne retire pas pour autant aux liquidateurs le droit de contrôler les sociétés.

Par ailleurs, les tribunaux canadiens ont établi qu'à compter du moment où une personne détient à elle seule le contrôle *de jure* d'une société, il n'est dès lors plus admis de constituer un ou des groupes dont cette personne serait évidemment membre. Cela découle du jugement dans l'affaire *Southside Car Market Ltd. And Southside Datsun Ltd. c. La Reine*³³ où il a été déterminé que l'expression « contrôlée par la même personne » ne pouvait trouver application dans des circonstances où l'expression « contrôlée par le même groupe de personnes » était utilisée. Il ne serait donc possible de créer des groupes de contrôle de droit que si aucune personne ne contrôle par ailleurs la société.

²⁹ Les expressions « agir de concert » et « communauté d'intérêt » sont basées sur des questions de fait. Elles ont fait l'objet d'une analyse comparative au droit boursier français dans Nicole PRIEUR, « L'action de concert – Comparaison franco-canadienne », RTDF N° 3 – 2007, octobre 2007 *Revue Trimestrielle de Droit Financier/Corporate Finance and Capital Markets Law Review*, 42-67.

³⁰ *MRN c. Consolidated Holding Company Ltd.*, 72 D.T.C. 6007 (C.S.C.) (ci-après « *Consolidated Holding* »).

³¹ Et sous réserve des restrictions à cet égard présentées dans l'acte de fiducie.

³² 2002 D.T.C. 1228 (C.C.I.); confirmé par 2002 D.T.C. 7577 (C.A.F.).

³³ 82 D.T.C. 6179 (C.F. 1^{re} inst.) (ci-après « *Southside Car Market* »). À cette date, aucune cour supérieure n'a renversé cette position. Aux seules fins des règles visant les sociétés associées, le législateur a ajouté au sous-alinéa 256(1.2)b)(ii) L.I.R., en 1988, la présomption selon laquelle une société puisse être contrôlée à la fois par une personne et/ou par un groupe de personnes.

1.3.2. La position administrative

En 1996, l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») présente sa position administrative relativement à la composition d'un groupe de contrôle³⁴. Elle indique alors que si les droits de vote sont également répartis entre deux actionnaires d'une même société, il y a présomption qu'ils forment un groupe de contrôle à moins qu'il ne soit prouvé que le processus décisionnel de la société soit véritablement bloqué. Cette position n'a encore jamais été testée précisément par les tribunaux.

Quelques années plus tard et à la lumière du jugement rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Duha Printers*, l'ARC propose une liste des clauses éventuelles d'une convention unanime entre deux actionnaires, lesquelles auraient pour effet de retirer le contrôle des mains de l'actionnaire majoritaire, si tant est que l'approbation des deux actionnaires soit requise pour mettre à exécution les transactions suivantes :

« [...] toute dépense en capital supérieure à un seuil particulier, tout emprunt, tout contrat de location d'un montant supérieur à un seuil particulier, tout contrat ou toute entente (autre qu'à l'égard des dépenses en capital) en vertu desquels les obligations totales de Bénéfices Ltée excèdent un seuil particulier, l'approbation de tout budget annuel, tout changement dans la nature de l'entreprise exploitée par Bénéfices Ltée, la nomination des principaux dirigeants, l'émission ou le rachat d'actions de Bénéfices Ltée ou l'achat en vue de les annuler, la déclaration de tout dividende sur toute action du capital-action (sic) de Bénéfices Ltée, la liquidation et la dissolution de la société et l'acquisition d'une participation dans toute autre société³⁵. » (Notre soulignement)

Il est étonnant de constater que, contrairement à la position énoncée ici par l'ARC, la Cour suprême avait signifié dans l'affaire *Duha Printers* que la nécessité de consentement quant à toute nouvelle émission d'actions ne retirait pas à l'actionnaire majoritaire le contrôle de droit de la société.

En ce qui a trait à la composition du groupe de contrôle dans une situation fiduciaire, l'ARC propose que le lien qui unit les fiduciaires doive être examiné à la lumière des modalités de l'acte de fiducie, ce qui est conforme au jugement rendu dans l'affaire *Consolidated Holding*. En vue de composer le groupe de

³⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 7, 21 février 1996.

³⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 34, 27 avril 2006, p. 6.

contrôle de la société, l'ARC estime que tous les fiduciaires en fonction doivent en être membres³⁶ et qu'en conséquence, le retrait, le remplacement ou l'ajout d'un fiduciaire dans une fiducie entre vifs donnerait naissance à un nouveau groupe de contrôle³⁷. La Cour canadienne de l'impôt renforce cette position par le jugement rendu dans l'affaire *Yvonne Côté-Létourneau et Marcel Létourneau c. La Reine*³⁸ en maintenant que deux des trois fiduciaires de la fiducie ne pouvaient détenir le contrôle de droit à eux seuls, les décisions à l'égard de la société devant toujours être prises à l'unanimité selon les modalités de l'acte de fiducie³⁹.

1.4. LE CONTRÔLE SIMULTANÉ – PARAGRAPHE 256(6.1) L.I.R.

Depuis le jugement rendu par la Commission de révision de l'impôt dans l'affaire *Les Produits alimentaires Anco (1961) inc. c. MRN*⁴⁰, l'ARC a toujours considéré que le contrôle de droit d'une société devait s'évaluer à chaque palier de détention et non de manière ultime⁴¹. Selon cette position administrative, une société perd son statut de « société privée sous contrôle canadien » (ci-après « SPCC »)⁴² si, dans la chaîne supérieure de contrôle vertical, elle est contrôlée par un non-résident, une société dont les actions seraient cotées à une Bourse de valeurs désignée ou par une société d'État.

Cette position de longue date fut renversée par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Parthenon Investments Ltd. c. MRN*⁴³ alors que le tribunal octroyait le contrôle ultime à la société sise tout en haut de la chaîne et non en faveur d'une société intermédiaire. En réponse à ce jugement, le législateur a immédiatement inséré à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, par le biais du

³⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2004-0087761E5, 24 mai 2005 et repris dans AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 35, p. 11.

³⁷ Dans un tel cas par exemple, les règles portant sur l'acquisition de contrôle d'une société s'appliqueraient.

³⁸ 2007 D.T.C. 768 (C.C.I.).

³⁹ *Id.*, par. 51-52.

⁴⁰ 79 D.T.C. 573 (C.R.I.).

⁴¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-458R2, « Société privée sous contrôle canadien », 31 mai 2000, par. 3.

⁴² Au sens du paragraphe 125(7) L.I.R.

⁴³ 97 D.T.C. 5343 (C.A.F.).

paragraphe 256(6.1) L.I.R., le concept du « contrôle simultané » lequel s'applique à l'ensemble de la loi⁴⁴. Il est inscrit à l'alinéa 256(6.1)a) L.I.R. que, quoiqu'une société soit contrôlée de droit par une autre société, elle est à la fois contrôlée par cette autre société et par toute personne ou tout groupe de personnes qui contrôle l'autre société. L'alinéa 256(6.1)b) L.I.R. vise plutôt la société qui est contrôlée par un groupe de personnes. Selon cet alinéa, la société sera contrôlée de droit, à la fois par ce premier groupe et par tout groupe formé d'un membre de ce groupe, et de toute personne ou tout groupe qui contrôle le premier groupe.

Il convient de noter que ce paragraphe ne présente pas une présomption de la loi puisque son libellé débute par « il est entendu que ». Il ne fait donc qu'apporter la précision de l'existence du concept de contrôle simultané qui semblait, par ailleurs, implicite au législateur. Par conséquent, il faut toujours garder à l'esprit que le contrôle simultané s'applique naturellement à toutes les dispositions pertinentes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sans qu'il soit nécessaire que le texte y fasse précisément référence.

1.5. EN CONCLUSION

Le contrôle de droit d'une société a été défini par les tribunaux comme découlant de la détention de suffisamment d'actions comportant droit de vote pour assurer l'élection de la majorité des administrateurs au conseil d'administration⁴⁵. Cette détention peut être exercée directement ou indirectement par l'intermédiaire d'autres sociétés qui se trouvent en position de contrôle. Le contrôle de droit peut résider dans les mains d'une seule personne ou d'un groupe de personnes, auquel cas les membres doivent être unis par une volonté de contrôler la société en cause. Afin de s'assurer que l'actionnaire majoritaire soit bel et bien en position d'exercer son contrôle, les lois relatives aux sociétés, le registre des actionnaires, les actes constitutifs et les conventions unanimes des actionnaires doivent être examinés afin d'y déceler toute restriction qui aurait pour effet de le priver du contrôle effectif sur les affaires et les destinées de la société. Voilà qui délimite bien l'opinion des tribunaux relativement au contrôle de droit.

⁴⁴ On notera que le paragraphe 256(6.2) L.I.R. vise de manière identique les situations de contrôle de fait.

⁴⁵ Soulignons que pour permettre le calcul de la déduction accordée aux petites entreprises (ci-après « DPE ») du paragraphe 125(1) L.I.R., la loi adapte le concept au revenu d'une société de personnes selon les paragraphes 125(6.2) et 125(6.3) L.I.R.

En revanche, le législateur a clarifié sa position en distinguant en son texte même le contrôle *de facto*⁴⁶ du contrôle *de jure*, puis en confirmant l'éventualité qu'un contrôle de droit simultanément puisse être exercé sur une société⁴⁷.

2. LES DISPOSITIONS DE LA LOI QUI EMPLOIENT LE CONTRÔLE DE DROIT

Tel qu'il a été rapporté précédemment, la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne définit pas le contrôle de droit, laissant plutôt aux tribunaux le soin d'en façonner l'image. Cependant, dans le but d'atteindre des objectifs législatifs précis, la loi présente quelquefois des situations qu'elle propose être assimilables à celles d'un contrôle de droit; elle utilise alors la fiction ou les présomptions.

En vue de bien cerner l'étendue de son application, nous passerons en revue toutes les dispositions de la loi⁴⁸ qui font directement référence au concept du contrôle de droit. Rappelons que pour ce faire, le texte ne doit pas utiliser l'expression « contrôlée, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit »⁴⁹, laquelle indique plutôt le contrôle *de facto*.

2.1. LE CONTRÔLE DE DROIT À L'ÉTAT... PUR

En première partie de cette section, il sera fait état des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui utilisent le concept de contrôle de droit tel qu'il a été façonné par les tribunaux, sans plus. Afin de bien délimiter la volonté

⁴⁶ Par. 256(5.1) L.I.R.

⁴⁷ Par. 256(6.1) L.I.R.

⁴⁸ Dans le cadre du présent texte, toutes les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui font référence à la « société étrangère affiliée contrôlée » définie au paragraphe 95(1) L.I.R. ne seront pas prises en compte. Le lecteur doit cependant reconnaître le sens élargi du contrôle qui y est employé afin d'appliquer convenablement les dispositions de la loi qui utilisent ce concept, par exemple les paragraphes 17(8), 17(10), 17(12) et 17(13) ainsi que le paragraphe 18.2(1) et le sous-alinéa 53(1)m)(ii) L.I.R., pour ne nommer que celles-là. Également, étant donné leur spécificité, les dispositions visant les institutions financières ne seront pas consignées. Le lecteur intéressé à ce sujet devrait consulter à tout le moins les paragraphes 142.2(1) et 142.2(4) ainsi que le paragraphe 191(1) L.I.R., le cas échéant. De plus, comme il a été précisé précédemment, toutes les règles portant sur l'acquisition de contrôle d'une société sont volontairement exclues de l'analyse; elles pourraient à elles seules faire l'objet d'un autre article.

⁴⁹ Par. 256(5.1) L.I.R.

législative, les dispositions seront classées sous deux volets qui représentent en quelque sorte les objectifs du législateur fiscal :

- 1) Circonscrire les limites d'une mesure fiscale avantageuse ou le partage de l'avantage;
- 2) Instaurer une règle spécifique antiévitement.

2.1.1. Circonscrire les limites d'une mesure fiscale avantageuse ou le partage de l'avantage

Lorsque des mesures fiscales avantageuses sont présentées dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le législateur s'assure que les contribuables visés soient en position de bénéficier de la mesure. Au contraire, si un contribuable ne fait pas l'objet de sa politique, certaines dispositions sont prévues à la loi afin de les écarter de son application. C'est en vue d'arriver à ces fins que la notion de contrôle de droit est quelquefois assujettie à des présomptions législatives. Dans le cadre de cette première section, seules les dispositions employant le concept du contrôle de droit en son sens jurisprudentiel seront traitées. Afin d'en alléger la lecture, elles ont été placées dans le même ordre de présentation que celui de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

2.1.1.1. Lien de dépendance avec des fiducies – Paragraphe 7(1.11) L.I.R.

L'article 7 L.I.R. traite des avantages d'emploi à calculer lorsqu'un employeur a convenu d'émettre ou de vendre à ses employés de ses propres titres ou ceux émis par une personne admissible ayant un lien de dépendance avec lui. Cet article s'adresse à l'employeur qui est soit une société, soit une fiducie de fonds commun de placement⁵⁰, en vue de permettre à un employé d'acquérir de telles actions ou unités de fiducie.

Le paragraphe 7(1.11) L.I.R. stipule qu'une fiducie de fonds commun de placement sera réputée n'avoir un lien de dépendance avec une société que lorsqu'elle la contrôle. La référence est donc on ne peut plus directe au contrôle de droit exercé par la fiducie sur la société. Par contre, dans le cadre d'une lettre

⁵⁰ Conformément à la définition de « personne admissible » présentée au paragraphe 7(7) L.I.R. Une fiducie de fonds commun de placement est rarement employeur mais a souvent un lien de dépendance avec un employeur.

d'intention du ministère des Finances⁵¹, il a été proposé d'élargir ce concept pour y inclure les situations où une société détient des titres qui lui permettent d'obtenir plus de 50 % des votes en toutes circonstances lors de la réunion des détenteurs de parts. Ainsi, la proposition permettrait de considérer non seulement les unités elles-mêmes, mais également les titres convertibles en de telles unités comportant droit de vote. Cet élargissement proposé va au-delà de la lettre de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en matière de contrôle de droit, laquelle, selon toute vraisemblance, ne vise que le contrôle sur la société et non sur la fiducie. La jurisprudence portant sur le contrôle de droit n'a d'ailleurs jamais abordé ce type de contrôle proposé.

2.1.1.2. Contrôle d'une société par un fiduciaire – Paragraphes 13(7.3) et 256(4) L.I.R.

Généralement, le coût amortissable d'un bien équivaut au prix payé plus toutes les dépenses inhérentes à son acquisition. Dans le cas de transactions entre personnes liées, l'alinéa 13(7)e) L.I.R. limite en quelque sorte le montant qui peut être amorti par l'acquéreur à celui sur lequel le vendeur s'est antérieurement imposé.

Le paragraphe 13(7.3) L.I.R. apporte un assouplissement à cette règle lorsque deux sociétés sont contrôlées de droit par le même fiduciaire, liquidateur ou exécuteur testamentaire, mais que ce contrôle existe, d'une part, sans qu'il y ait multiplicité de fiducies créées par le même particulier ou un particulier avec lequel il a un lien de dépendance et, d'autre part, que ladite fiducie n'existe que du fait du décès du particulier. En un tel cas, les sociétés sont réputées ne pas être liées entre elles. Quant au paragraphe 256(4) L.I.R., il permet de présumer que des sociétés qui seraient par ailleurs associées entre elles ne le sont pas dans de mêmes circonstances. Afin d'octroyer ce traitement favorable, il était essentiel d'utiliser la notion de contrôle de droit afin de bien cibler les sociétés exemptées de l'application de l'alinéa 13(7)e) et du paragraphe 256(1) L.I.R.

2.1.1.3. Obligation pour la petite entreprise – Articles 15.1 et 15.2 L.I.R.

Un choix conjoint produit par un détenteur et un émetteur admissibles⁵² à l'égard d'une créance émise entre le 25 février 1992 et le 31 décembre 1994⁵³

⁵¹ CANADA, ministère des Finances, lettre d'intention, « Élargissement de la présomption », 4 décembre 2006.

⁵² Au sens d'« émetteur admissible » défini au paragraphe 15.2(3) L.I.R.

⁵³ Il y avait eu une période précédente après 1981 et avant le 30 mars 1983 pour une obligation pour le développement de la petite entreprise au sens de l'article 15.1 L.I.R.

permettait au détenteur d'une créance admissible⁵⁴ de s'imposer sur le revenu d'intérêt reçu comme s'il s'agissait plutôt d'un dividende imposable reçu d'une société canadienne imposable⁵⁵. En contrepartie, l'émetteur ne pouvait déduire la dépense d'intérêt⁵⁶, mais, puisqu'il était généralement en restructuration financière, il s'agissait là d'un moindre mal.

La loi prévoyait que ce traitement ne puisse s'appliquer qu'à la première tranche de 500 000 \$⁵⁷ à vie d'une émission effectuée par un émetteur et son groupe « économique »⁵⁸. Pour ce faire, le législateur a opté pour utiliser la notion de contrôle afin de limiter les émissions admissibles totalisant cette somme.

2.1.1.4. Société contrôlée par une société d'État – Paragraphe 27(2) L.I.R.

Les sociétés privées, et principalement les SPCC⁵⁹, jouissent de quelques privilèges fiscaux dont, par exemple, celui de profiter d'une réduction importante du taux d'imposition⁶⁰ ou celui de pouvoir verser un dividende non imposable à leurs actionnaires à même le compte de dividendes en capital (ci-après « CDC »)⁶¹. À toutes les fins de la loi, les sociétés d'État prévues par règlement⁶² ainsi que toutes les sociétés qu'elles contrôlent (de droit) sont réputées ne pas être des sociétés privées. De cette manière, les aides fiscales ne sont pas remises aux sociétés qui sont contrôlées et donc soutenues financièrement par l'État.

⁵⁴ Au sens de « créance admissible » définie au paragraphe 15.2(3) L.I.R.

⁵⁵ Sauf pour l'application de la Partie IV L.I.R.

⁵⁶ Al. 15.2(2)a) L.I.R.

⁵⁷ Al. 15.1(7)a) L.I.R.

⁵⁸ Par. 15.1(6) L.I.R. Par exemple, d'autres sociétés associées lors de l'émission, un particulier qui contrôle l'émetteur ou fait partie d'un groupe lié qui le contrôle ainsi que l'associé majoritaire d'une société de personnes.

⁵⁹ Au sens du paragraphe 125(7) L.I.R.

⁶⁰ Par. 125(1) L.I.R.

⁶¹ Par. 83(2) L.I.R.

⁶² *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »), art. 7100.

2.1.1.5. Choix du paragraphe 50(1) L.I.R.

Le sous-alinéa 50(1)b(iii) L.I.R. ouvre un marché fictif aux actions pour lesquelles il n'existe généralement plus de marché potentiel. Ainsi, le contribuable peut choisir de procéder à une disposition présumée en fin d'année⁶³ à l'égard d'actions dont la valeur est nulle et qui sont émises par une société insolvable qui sera possiblement dissoute ou liquidée dans un avenir rapproché; de ce fait, elle ne commencera pas à exploiter une entreprise. À ces conditions s'ajoute celle par laquelle, au moment du choix, ni la société, ni une société qu'elle contrôle de droit n'exploitent d'entreprise. Par cette exigence supplémentaire, le législateur empêche qu'une perte soit réalisée sur les actions d'une société insolvable tandis que par l'intermédiaire d'une autre société contrôlée par elle, cette entreprise ou une autre entreprise est exploitée. De plus, par le paragraphe 50(1.1) L.I.R., la loi renversera le choix produit sur un bien visé au sous-alinéa 50(1)b(iii) L.I.R. si, au cours des 24 mois qui suivent, le contribuable ou une personne avec qui il a un lien de dépendance est propriétaire de l'action d'une de ces sociétés qui exploitent une entreprise. Le législateur requiert que la notion de contrôle de droit soit utilisée pour identifier les sociétés contrôlées qui, dans ce délai, exploitent une entreprise.

2.1.1.6. « Action du capital-actions d'une société agricole familiale » et « Action du capital-actions d'une société de pêche familiale » – Paragraphe 70(10) L.I.R.

Lorsque de telles actions sont transférées au moment du décès à un enfant ou à une fiducie dont l'enfant est bénéficiaire, la loi permet que le transfert se fasse sans imposition⁶⁴ ou, selon le choix du représentant légal⁶⁵, pour un produit de disposition établi entre la juste valeur marchande et le prix de base rajusté du bien immédiatement avant le décès. Pour se qualifier à ce traitement fiscal favorable, les actions doivent remplir les critères décrits au paragraphe 70(10) L.I.R. L'un de ces critères⁶⁶ consiste à ce que les biens de la société soient des actions d'une société agricole ou de pêche familiale contrôlée « de droit » par le contribuable, son conjoint, l'enfant, le père ou la mère. Dans ce cas, puisque le traitement fiscal est avantageux, le législateur a choisi de

⁶³ Puis à une acquisition à nouveau à un coût nul.

⁶⁴ S.-al. 70(9.21)a)(ii) L.I.R.

⁶⁵ Al. 70(9.21)b) L.I.R.

⁶⁶ Par. 70(10) « action du capital-actions d'une société agricole familiale », s.-al. a)(i.1) et par. 70(10) « action du capital-actions d'une société de pêche familiale », s.-al. a)(iii) L.I.R.

délimiter strictement le type d'actions à celles uniquement détenues dans le cadre d'un lien familial vertical.

2.1.1.7. « Personne désignée » – Paragraphe 80(1) L.I.R.

En cas de règlement de dette d'un débiteur, la *Loi de l'impôt sur le revenu* fournit un ordre par lequel les attributs fiscaux ou les biens de la société doivent être affectés⁶⁷. Lorsque le montant maximal prescrit a été appliqué à chaque étape et qu'un solde de dette impayée demeure, le débiteur peut convenir de transférer en partie ou en totalité⁶⁸ à une « personne désignée » le solde non acquitté de sa dette. Dans le cas contraire, le débiteur doit ajouter le montant à son revenu⁶⁹. La personne désignée consentira ainsi à réduire ses propres attributs fiscaux dans le but d'éviter au débiteur l'imposition immédiate.

Cette personne désignée doit être une société canadienne imposable⁷⁰ ou une société de personnes canadienne admissible⁷¹ qui soit contrôlée de droit le débiteur, soit est contrôlée de droit par le débiteur, par un groupe formé du débiteur et d'une ou de plusieurs personnes liées à lui ou par une personne ou un groupe de personnes qui contrôle de droit le débiteur⁷². Le législateur a donc circonscrit à l'aide de termes clairs et sans équivoque le type de personnes qui pouvaient sacrifier leurs propres attributs fiscaux au bénéfice d'un débiteur, soit les personnes qui se trouvent en position verticale de contrôle de droit par rapport au débiteur.

2.1.1.8. Transfert d'un bien par un actionnaire en faveur d'une société – Paragraphe 85(1.2) L.I.R.

Le paragraphe 85(1) L.I.R. permet à un actionnaire, sous réserve du respect de très nombreuses conditions, de disposer d'un bien en faveur d'une société canadienne imposable⁷³ et d'en reporter l'imposition le cas échéant. Certains biens sont exclus d'application : par exemple, un bien immeuble (ou une option

⁶⁷ Par. 80(5) à 80(12) L.I.R.

⁶⁸ Les modalités de la convention sont prévues au paragraphe 80.04(4) L.I.R.

⁶⁹ Par. 80(13) L.I.R.

⁷⁰ Au sens du paragraphe 248(1) faisant référence au paragraphe 89(1) L.I.R.

⁷¹ Au sens du paragraphe 80(1) L.I.R.

⁷² Par. 80(1) L.I.R.

⁷³ Au sens du paragraphe 248(1) faisant référence au paragraphe 89(1) L.I.R.

s'y rapportant) utilisé par un non-résident dans le cadre d'une entreprise exploitée par lui au Canada⁷⁴ à moins que le bien ne soit disposé en faveur d'une société contrôlée de droit par le contribuable, des personnes qui lui sont liées⁷⁵ ou une combinaison de ceux-ci⁷⁶ et que le contribuable y ait transféré la quasi-totalité des biens utilisés dans cette entreprise exploitée au Canada⁷⁷. Le législateur tient donc à ce que le non-résident puisse bénéficier des dispositions de roulement s'il se départit de l'immeuble, mais seulement lorsqu'il le fait en vue de continuer l'exploitation de l'entreprise au Canada par l'intermédiaire d'une société canadienne imposable.

2.1.1.9. Échange d'actions – Paragraphes 85.1(2) et 85.1(6) L.I.R.

L'article 85.1 L.I.R. permet, sous réserve que des conditions précises soient remplies, qu'il y ait échange d'actions sans imposition. Au paragraphe 85.1(1) L.I.R., l'acheteur qui est une société canadienne⁷⁸ émet de ses actions à un vendeur, en contrepartie d'actions d'une société canadienne imposable⁷⁹. Cette transaction n'étant pas imposée, la loi prévoit qu'elle ne peut s'opérer lorsque le vendeur et/ou les personnes avec qui il a un lien de dépendance contrôlent de droit l'acheteur immédiatement après l'échange⁸⁰. Dans le cadre de cette disposition, le concept du contrôle de droit est respecté pourvu que les membres du groupe éventuel de contrôle (le vendeur et les personnes ayant un lien de dépendance ou encore seulement les personnes ayant un lien de dépendance avec le vendeur) aient des liens suffisants entre eux pour conclure à la formation d'un groupe de contrôle de droit.

Considérons le cas où, immédiatement après l'échange, un vendeur détiendrait 40 % des actions d'une société tandis que l'un de ses neveux (personne avec laquelle il est susceptible de développer un lien de dépendance) en détiendrait autant et qu'un très grand nombre d'actionnaires non liés se partageraient le solde. Dans de telles circonstances, devrait-on **automatiquement** constituer un groupe de contrôle formé du contribuable et de

⁷⁴ Al. 85(1.1)h) L.I.R.

⁷⁵ À l'exception d'une personne liée par un droit visé à l'alinéa 251(5)b) L.I.R.

⁷⁶ Al. 85(1.2)a) L.I.R.

⁷⁷ Al. 85(1.2)b) L.I.R.

⁷⁸ Au sens du paragraphe 89(1) L.I.R.

⁷⁹ *Id.*

⁸⁰ S.-al. 85.1(2)b)(i) L.I.R.

son neveu? Le groupe de contrôle réel est peut-être composé uniquement du neveu et de quelques autres actionnaires minoritaires. La *Loi de l'impôt sur le revenu* semble suggérer, mais sans le dire clairement, que le test de contrôle de droit se fait ici par la détention d'un certain nombre d'actions détenues par un groupe de personnes ayant un lien de dépendance entre elles comme si, de façon implicite, des personnes ayant entre elles un lien de dépendance agissaient nécessairement de concert; cela aurait pour effet d'appliquer les principes du contrôle de fait au contrôle de droit.

La même situation est reproduite au sous-alinéa 85.1(6)b)(i) L.I.R., lequel est utilisé dans le cadre d'un échange d'actions étrangères.

2.1.1.10. Fusion étrangère – Paragraphe 87(8.1) L.I.R. et règles applicables à certaines unifications – Paragraphe 87(9) L.I.R.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* qualifie une fusion étrangère comme étant celle où une nouvelle société étrangère reçoit les biens et les engagements des sociétés étrangères remplacées. Leurs actions peuvent être échangées sans imposition soit contre des actions de la nouvelle société étrangère, soit, lorsque la nouvelle société est contrôlée de droit par une société mère étrangère, par les actions de cette dernière.

Le même principe s'applique lorsqu'il y a unification de sociétés canadiennes imposables⁸¹ qui forment une nouvelle société contrôlée de droit par une société mère elle-même société canadienne imposable dans le cas où, dès le moment de l'unification, des actions de la société mère sont émises aux actionnaires des sociétés remplacées.

Le but de cette disposition est de permettre les fusions en triangle, tandis que les actions de la société mère sont émises à un actionnaire de sociétés remplacées. À cette fin, la « société mère » devient simplement celle qui contrôle de droit la nouvelle société fusionnée.

2.1.1.11. Disposant désigné – Paragraphe 104(5.6) L.I.R.

L'alinéa 104(5.6)(iii) L.I.R. définit le terme « disposant désigné » aux fins de déterminer le « bénéficiaire exempté » visé au paragraphe 104(5.4) L.I.R. Dans le cas en l'espèce, le disposant désigné est celui qui a un droit de bénéficiaire dans la fiducie ou qui est lié à une telle personne et qui est désigné

⁸¹ Au sens du paragraphe 248(1) faisant référence au paragraphe 89(1) L.I.R.

par la fiducie relativement au choix du paragraphe 104(5.3) L.I.R. Pour remplir les critères, la fiducie doit passer un test d'actifs, lequel nécessite, entre autres, que tout au long de la période applicable, les biens de la fiducie correspondent principalement à des actions d'une société qui, au début de la période applicable ou le jour où la fiducie a été établie, était contrôlée par « le particulier désigné, seul ou conjointement avec un ou plusieurs autres particuliers nés après lui et auxquels il est lié »⁸². Il n'est pas usuel que la loi utilise le terme « conjointement » pour décrire le contrôle dont il est question ici. Nous ne pouvons que présumer de l'intention du législateur, soit celle de composer un groupe lié de contrôle de droit dont le particulier désigné est membre. Il apparaît que le législateur prend pour hypothèse que les personnes liées membres du groupe agiront de concert pour contrôler « conjointement » la société; cette position est en quelque sorte suggérée par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Silicon Graphics*⁸³. Dans la version anglaise de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, l'équivalent anglais du mot français « conjointement » n'est pas utilisé.

2.1.1.12. Administrations municipales – Paragraphe 149(1.2) L.I.R.

Les administrations fiscales sont exemptées d'imposition⁸⁴ pourvu que le revenu découlant d'activités exercées en dehors des limites géographiques ne représente pas une part supérieure à 10 %. Le paragraphe 149(1.2) L.I.R. fait en sorte que ne soit pas inclus dans le calcul de ce revenu celui découlant d'une convention écrite conclue entre l'administration municipale et Sa Majesté du Chef du Canada ou d'une province, une municipalité du Canada ou un organisme exerçant une fonction gouvernementale au Canada, lorsque l'activité est exercée sur leur territoire administratif respectif. À ceux-là s'ajoutent toutes les sociétés contrôlées de droit par ces organisations. Ainsi, l'administration municipale en cause ne perd pas son statut d'exonération fiscale en traitant plutôt avec une société contrôlée par l'un de ces organismes.

2.1.2. Instaurer une règle spécifique antiévitement

La quasi-totalité des dispositions législatives énumérées précédemment à la section 2.1.1. aurait pu se retrouver également à cette prochaine section. En fait, lorsque la loi vise à restreindre l'accès à une mesure fiscale avantageuse ou à en obliger le partage, elle pose une règle spécifique antiévitement pour y parvenir. Le lecteur devrait donc lire les sections 2.1.1. et 2.1.2. de façon concomitante

⁸² S.-div. 104(5.6)(iii)(A)(I) L.I.R.

⁸³ *Silicon Graphics*, précité, note 27, par. 36.

⁸⁴ Al. 149(1)d.5) et 149(1)d.6) L.I.R.

pour avoir une idée générale de l'emploi, par le législateur, de la notion du contrôle de droit.

2.1.2.1. Restrictions aux frais de publicité dans les journaux – Article 19 L.I.R.

Dans le cadre de la définition de « journal canadien » au paragraphe 19(5) L.I.R., on fait référence au journal dont le droit exclusif d'édition et de publication est détenu, entre autres, par une société publique « non contrôlée par des citoyens ou des sujets de pays étrangers »⁸⁵. La notion de contrôle de droit y est précisément employée afin de déterminer clairement ce que constitue un journal canadien et limiter la déductibilité des frais de publicité à ce seul journal. Cependant, il est intéressant de noter que le paragraphe 19(8) L.I.R. ajoute un volet relatif au contrôle *de facto* sans pour autant faire référence au paragraphe 256(5.1) L.I.R. Par cet ajout, un journal ne serait pas un journal canadien si les personnes canadiennes, détentrices du droit d'édition ou de publication, subissent de la part d'un étranger une influence directe ou indirecte dont l'exercice entraînerait le contrôle de fait. Le praticien doit donc être vigilant et être en mesure d'identifier, au-delà du contrôle de droit, la source potentielle d'une telle influence.

2.1.2.2. Renseignement ou document étranger – Paragraphe 231.6(6) L.I.R.

Cette règle constitue plutôt une mesure de nature administrative. En vertu de l'application de l'article 231.6 L.I.R., le ministre peut, par avis⁸⁶, exiger qu'une personne résidant au Canada ou qu'une personne non résidente mais qui exploite une entreprise au Canada lui fournisse des documents ou renseignements situés à l'étranger. La personne peut contester cette demande dans les 90 jours suivant l'avis, en déposant une requête auprès d'un juge⁸⁷, lequel peut déclarer sans effet la mise en demeure, s'il est convaincu qu'elle est déraisonnable⁸⁸. La *Loi de l'impôt sur le revenu* précise immédiatement au paragraphe 231.6(6) L.I.R. que la demande ne serait pas déraisonnable du seul fait que les documents ou renseignements sont situés chez une personne non résidente et non contrôlée de droit par celle qui reçoit l'avis si, en revanche, ces

⁸⁵ Div. 19(5)e)(iii)(A) et 19(5)e)(iii)(B) L.I.R.

⁸⁶ Le contenu est décrit au paragraphe 231.6(3) L.I.R.

⁸⁷ Par. 231.6(4) L.I.R.

⁸⁸ Al. 231.6(5)c) L.I.R.

deux personnes sont liées. Il convient de noter qu'un droit prévu à l'alinéa 251(5)b) L.I.R.⁸⁹ peut faire en sorte de rendre liées deux sociétés autrement non liées et élargir en conséquence le bassin de contribuables à partir duquel les renseignements peuvent être demandés.

2.1.2.3. Société réputée résider au Canada – Paragraphe 250(4) L.I.R.

Une société qui réside au Canada doit payer des impôts sur la totalité de son revenu imposable⁹⁰; par contre, une société non résidente n'assume cette charge que sur certains éléments particuliers⁹¹. Le sous-alinéa 250(4)b)(ii) L.I.R. souligne qu'une société étrangère⁹² en date du 18 juin 1971, qui était contrôlée de droit par une société résidant au Canada et qui remplit les autres critères de l'alinéa 250(4)b) L.I.R., est réputée résidente du Canada. Puisque la loi retire à la société un avantage lié à sa non-résidence, la notion relative au contrôle de droit a été retenue, celle-ci étant plus objective.

2.1.3. En conclusion

De façon claire, la fonction prédominante que l'on peut attribuer à la notion du contrôle de droit est de contribuer à circonscrire précisément les limites d'une disposition fiscale avantageuse et régir le partage d'un avantage fiscal. Dans la plupart des situations analysées, la mesure était d'octroyer à un contribuable ou de partager avec les personnes qui lui étaient liées un avantage fiscal. Pour ce faire, le législateur a utilisé un critère fiable, vérifiable, ne portant pas (ou peu) à interprétation : le contrôle de droit.

Dans la section suivante, nous pourrions constater que cette notion définie par la jurisprudence n'arrive pas toujours à atteindre les objectifs de la loi. Ainsi, le législateur doit parfois troquer la simplicité en vue d'atteindre une certaine efficacité.

2.2. LE CONTRÔLE DE DROIT... ÉLARGI

En certaines circonstances, la définition jurisprudentielle du contrôle de droit ne convient pas tout à fait à atteindre les objectifs du législateur non plus

⁸⁹ Voir la section 2.2.2.7. du présent texte qui porte sur l'alinéa 251(5)b) L.I.R.

⁹⁰ Par. 2(2) L.I.R.

⁹¹ Par. 2(3) L.I.R.

⁹² Au sens de l'ancien article 71 de la loi de 1952.

que, de toute évidence, la définition édictée du contrôle de fait⁹³. Il faut donc modéliser les concepts du contrôle de droit en leur apposant ou en leur retirant des caractéristiques particulières, ce qui mène à établir un contrôle de droit élargi.

Pour comparer plus aisément à la section précédente, les dispositions législatives analysées seront classées selon les mêmes groupes d'objectifs du législateur, soit :

- 1) Circonscrire les limites d'une mesure fiscale avantageuse ou le partage de l'avantage;
- 2) Instaurer une règle spécifique antiévitement.

Encore une fois, les dispositions y seront présentées selon l'ordre de la *Loi de l'impôt sur le revenu* afin d'en faciliter la lecture.

2.2.1. Circonscrire les limites d'une mesure fiscale avantageuse ou le partage de l'avantage

2.2.1.1. Liquidation d'une filiale dans sa société mère – Paragraphes 88(1) et 88(1.3) L.I.R.

De manière générale, le paragraphe 88(1) L.I.R. permet à une filiale de procéder à une liquidation en faveur de sa société mère, sans incidences fiscales. Les règles qui y sont rapportées sont complexes et ne seront pas analysées en détail dans le cadre du présent article, seuls les principaux énoncés relatifs au contrôle de droit seront présentés.

Tout d'abord, la filiale dont il est question à ce paragraphe diffère de celle définie au paragraphe 2(5) L.C.S.A., laquelle prévoit une détention directe ou indirecte d'actions qui confèrent plus de 50 % du maximum possible des voix⁹⁴. Dans le cadre du paragraphe 88(1) L.I.R., une filiale est plutôt celle dont la société mère détient, immédiatement avant la liquidation, au moins 90 % des actions émises de chaque catégorie, que ces actions comportent droit de vote ou non. La différence entre ces définitions est plutôt significative.

⁹³ Par. 256(5.1) L.I.R.

⁹⁴ Par. 2(3) L.C.S.A. Cette définition du contrôle est également conforme à celle rendue par les tribunaux en matière fiscale.

Par ailleurs, ces règles de liquidation permettent à une société mère de majorer le coût fiscal de certains biens⁹⁵ reçus de la filiale⁹⁶ dans le cadre de la liquidation. Cette majoration est autorisée sur les biens admissibles que détenait la filiale lorsque la société mère en a acquis le contrôle pour la dernière fois et qu'elle a détenus sans interruption jusqu'à la date de liquidation. La notion de contrôle employée est celle du contrôle de droit et par conséquent, les règles devraient trouver application au moment où la société mère a acquis pour la première fois plus de 50 % des actions comportant droit de vote des actions émises de la filiale. Cependant, pour le calcul de cette majoration, le lecteur devrait porter une attention particulière aux présomptions présentées à l'alinéa 88(1)d.2) L.I.R. quant au moment où une personne ou un groupe de personnes a acquis le contrôle de la filiale pour la dernière fois dans le cadre d'une transaction avec lien de dépendance⁹⁷. De plus, le contrôle auquel la loi fait référence ici est le contrôle étendu au sens du paragraphe 186(2) L.I.R.⁹⁸ et non le simple contrôle de droit⁹⁹.

Par l'alinéa 88(1)c.2) L.I.R., il est présumé que la société mère est réputée ne pas être liée à une personne avec laquelle elle est par ailleurs liée¹⁰⁰, si l'un des motifs principaux à la réalisation de ce lien consiste à rendre les sociétés liées en vue de permettre la majoration du coût du bien reçu par la société mère. Dans un tel cas, même une filiale pourrait ne pas être liée à sa société mère, ce lien s'établissant pourtant par l'application du contrôle de droit.

La règle fiscale permettant une liquidation défiscalisée est évidemment très avantageuse. En contrepartie, les conditions pour y parvenir sont de plus en plus raffinées de manière que seules les liquidations envisagées par le législateur puissent s'y réaliser. Le principe de la simplicité souffre souvent au détriment de celui de l'équité et les dispositions de l'article 88 L.I.R. en sont une preuve plutôt édifiante.

⁹⁵ Les sous-alinéas 88(1)c)(iii) à 88(1)c)(vi) L.I.R. font état des biens qui ne sont pas admissibles à la majoration.

⁹⁶ Al. 88(1)d) L.I.R.

⁹⁷ Il convient de noter que la personne ou le groupe de personnes qui acquiert le contrôle de la filiale en raison du décès d'un particulier est réputé avoir acquis ce contrôle, immédiatement après le décès, d'une personne sans lien de dépendance.

⁹⁸ Voir la section 2.2.2.4. du présent texte.

⁹⁹ S.-al. 88(1)d.2)(i) L.I.R.

¹⁰⁰ Au sens du paragraphe 251(2) L.I.R., mais compte non tenu de l'alinéa 251(5)b) L.I.R.

Il arrive quelquefois que la société mère soit constituée en société après le moment où certains attributs fiscaux¹⁰¹ de la filiale sont générés. Afin qu'une société mère puisse utiliser les attributs fiscaux¹⁰² de sa filiale liquidée, la *Loi de l'impôt sur le revenu* présume que la société mère existait au cours de cette période¹⁰³ et que son contrôle appartenait à ce moment à la personne ou au groupe de personnes qui la contrôlait de droit immédiatement après sa constitution¹⁰⁴. Cette fiction est nécessaire puisque le contrôle de droit ne s'évalue que par la détention d'actions et, en de telles circonstances, la société mère ne peut ainsi détenir des actions de sa filiale avant même qu'elle existe.

2.2.1.2. Société privée – Paragraphe 89(1) L.I.R.

La loi accorde à une société privée un traitement fiscal particulier. À titre d'exemple, seule une société privée peut verser des dividendes à partir de son CDC¹⁰⁵ ou obtenir un remboursement au titre de dividendes (ci-après « RTD »)¹⁰⁶ au moment du versement d'un dividende imposable à son actionnaire. Ces comptes répondent au principe d'intégration du système d'imposition canadien. Afin de bien circonscrire les utilisateurs de ce mécanisme, le législateur a choisi d'utiliser la notion du contrôle de droit pour en étayer la définition. Ainsi, une société est privée si elle n'est pas contrôlée de droit par une ou plusieurs sociétés publiques¹⁰⁷ et/ou sociétés d'État¹⁰⁸. Ce texte présenté *a contrario* indique donc qu'une société afficherait le statut de société privée malgré le fait que la majorité de ses actions comportant droit de vote soit détenue par une multitude de sociétés publiques et/ou d'État, pour autant qu'il soit impossible d'établir entre elles des liens suffisants, lesquels permettraient de

¹⁰¹ Par exemple, crédits d'impôt à l'investissement non déduits, pertes à reporter, dons non déduits, etc.

¹⁰² Par. 88(1.3) L.I.R.

¹⁰³ Al. 88(1.3)a) L.I.R.

¹⁰⁴ Al. 88(1.3)c) L.I.R.

¹⁰⁵ Au sens du paragraphe 89(1) L.I.R. Il convient de noter qu'en vertu du paragraphe 89(1.1) L.I.R., des mesures particulières s'appliquent à une société privée, mais antérieurement contrôlée « de fait » par une ou des personnes non résidentes.

¹⁰⁶ Au sens du paragraphe 129(1) L.I.R. Précisons cependant qu'une société assujettie au sens du paragraphe 186(3) de la Partie IV L.I.R. est réputée une société privée aux fins de l'application du paragraphe 129(1) L.I.R. Voir par. 186(5) L.I.R.

¹⁰⁷ Au sens du paragraphe 89(1) L.I.R. sauf les sociétés à capital de risque visées à l'article 6700 R.I.R.

¹⁰⁸ Prévu à l'article 7100 R.I.R.

former un groupe de contrôle de droit. Par conséquent, une société contrôlée de droit par un seul ou par un groupe d'actionnaires non résidents ne perd pas pour autant sa qualification à titre de société privée.

En revanche, le paragraphe 89(1.1) L.I.R. lequel s'applique au calcul du CDC, vise une société privée qui, en outre, subirait un contrôle de fait. En effet, il est stipulé à ce paragraphe que lorsqu'[e] « [...] une société privée contrôlée, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, par une ou plusieurs personnes non-résidentes devient une société privée sous contrôle canadien – autrement qu'à cause d'un changement de résidence d'un ou de plusieurs de ses actionnaires – [...] »¹⁰⁹ (notre soulignement), il faut préalablement procéder à l'annulation du solde de son compte. Tel qu'il a été mentionné précédemment, une société privée peut être contrôlée de droit (ou de fait) par des non-résidents. Par contre, de par sa définition même¹¹⁰, il est impossible qu'une SPCC soit contrôlée, même de fait, par des non-résidents. En conséquence, le paragraphe 89(1.1) L.I.R. vise les cas où soit des personnes non résidentes cessent d'avoir une influence dominante sur la société privée majoritairement contrôlée de droit par des actionnaires canadiens, soit les actions de la société privée appartenant à des non-résidents passent majoritairement aux mains d'actionnaires canadiens, ce qui, selon toute vraisemblance, se ferait dans le cadre d'une acquisition du contrôle de la société.

Une société n'est privée que lorsqu'elle réside au Canada. À cet égard, il y a ouverture à une certaine ambiguïté puisque la résidence d'une société s'établit sur la base de faits¹¹¹, c'est-à-dire à l'endroit où s'exerce son centre de gestion et de contrôle¹¹². Selon la jurisprudence¹¹³, cet endroit équivaut généralement à celui où se réunit le conseil d'administration et où se prennent les décisions d'affaires importantes. Dans cette expression « centre de gestion et de contrôle »

¹⁰⁹ Par. 89(1.1) L.I.R.

¹¹⁰ Par. 125(7) « société privée sous contrôle canadien » L.I.R.

¹¹¹ En outre, la loi prévoit au paragraphe 250(4) L.I.R. des situations où, malgré le fait que le centre de gestion et de contrôle se situe effectivement à l'extérieur du Canada, la société est réputée résidente du Canada pour toute l'année. La situation la plus courante est prévue à l'alinéa 250(4)a) L.I.R. et traite de sa constitution au Canada après le 26 avril 1965.

¹¹² Voir Edwin G. KROFT, « Jurisdiction To Tax: An Update », *Tax Planning for Canada-US and International Transactions*, dans *Corporate Management Tax Conference 1993*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1994, pp. 1-138.

¹¹³ *Deltona Corporation c. MRN*, 73 D.T.C. 5180 (C.S.C.) et *Bedford Overseas Freighters Ltd. c. MRN*, 70 D.T.C. 6072 (C. de l'É.).

qui n'est point utilisée par la loi mais seulement par les tribunaux, le mot « contrôle » ne semble pas faire référence au pouvoir des actionnaires découlant de la détention des actions comportant droit de vote, mais plus directement à celui des administrateurs sur les affaires de la société.

2.2.1.3. Déduction à l'égard d'un dividende imposable reçu – Alinéa 112(1)b) L.I.R.

Afin de satisfaire au principe d'intégration du système d'imposition canadien, le paragraphe 112(1) L.I.R. prévoit qu'une société puisse déduire, dans le calcul de son revenu imposable, un montant correspondant à celui du dividende imposable reçu d'une société canadienne imposable¹¹⁴ ou encore celui reçu d'une société qui réside au Canada et dont elle a le contrôle¹¹⁵. De cette façon, le dividende inclus au revenu net¹¹⁶ est ultérieurement déduit dans le calcul du revenu imposable, rendant finalement le dividende intersociétés non imposable.

La société visée à l'alinéa 112(1)b) L.I.R. est celle dont le centre de gestion et de contrôle est situé au Canada¹¹⁷ et sur laquelle la société bénéficiaire du dividende exerce directement ou indirectement le contrôle de droit. Selon le libellé de cette disposition, la déduction ne serait accordée dans le calcul du revenu imposable de la société bénéficiaire seulement dans les situations où elle détiendrait elle-même ce contrôle et non lorsqu'elle serait membre d'un groupe de contrôle de droit. C'est pourquoi il faut lire concurremment l'alinéa 112(6)b) L.I.R., lequel apporte une présomption de contrôle identique à celle décrite au paragraphe 186(2) L.I.R.¹¹⁸ En conséquence, la détention d'actions (comportant plein droit de vote en toutes circonstances) par des personnes ayant un lien de dépendance avec la société bénéficiaire permet à celle-ci de considérer qu'elle contrôle la société payante et de déduire les dividendes imposables qu'elle en

¹¹⁴ Tel que définie au paragraphe 89(1) « société canadienne imposable » L.I.R. et applicable selon l'alinéa 112(1)a) L.I.R.

¹¹⁵ Al. 112(1)b) L.I.R.

¹¹⁶ Selon le paragraphe 82(1) L.I.R.

¹¹⁷ La société ne serait donc pas incorporée au Canada et/ou n'y aurait pas résidé sans interruption depuis le 18 juin 1971 puisqu'elle n'est pas une société canadienne imposable au sens de l'alinéa 89(1) L.I.R. Si elle était une société canadienne imposable, la déduction serait plutôt permise par l'alinéa 112(1)a) L.I.R.

¹¹⁸ Voir à cet effet la section 2.2.2.4. du présent texte.

reçoit. Le contrôle de droit est encore une fois élargi afin d'atteindre l'objectif de la loi.

2.2.1.4. La société privée sous contrôle canadien – Paragraphe 125(7) L.I.R.

Depuis les modifications importantes apportées au texte de loi en 1988¹¹⁹, il est clair que pour se qualifier au titre de SPCC, une société privée¹²⁰ ne doit pas être contrôlée tant de droit que de fait par des personnes non résidentes ou des sociétés cotées à une Bourse de valeurs désignée¹²¹.

Ainsi, suivant l'affaire *Silicon Graphics* pour laquelle la Cour d'appel fédérale établissait qu'un groupe de contrôle (de droit comme de fait) ne pouvait exister que dans l'unique éventualité où les membres agissaient réellement de concert ensemble en vue de contrôler la société, le législateur a inséré l'alinéa 125(7)b) L.I.R. à la définition de SPCC. En vertu de cet alinéa, la loi émet une hypothèse selon laquelle toutes les personnes non résidentes et toutes les sociétés cotées à une Bourse de valeurs désignée qui détiennent des actions de la société en cause ne forment qu'un seul et même détenteur d'actions vis-à-vis de la société. Lorsqu'en fin de compte, cet actionnaire hypothétique détient un nombre suffisant d'actions comportant droit de vote pour lui permettre d'élire la majorité des administrateurs au conseil d'administration, il est réputé exercer le contrôle *de jure* sur la société qui ne peut plus conséquemment porter le statut de SPCC. La loi a donc, par l'ajout de cette hypothèse, annihilé l'obligation de former des groupes de contrôle de droit en regard des liens qui en unissent les membres. Dans la récente affaire *La Reine c. Perfect Fry Company Ltd.*¹²², le tribunal a indiqué qu'à son avis, il était impossible d'appliquer l'ancien alinéa 125(7)b) « société privée sous contrôle canadien » L.I.R. lorsque le contrôle de droit se trouvait déjà aux mains d'une personne ou d'un groupe de personnes.

Afin d'en connaître un peu mieux les rouages, le lecteur devrait prendre connaissance du jugement rendu plus récemment par la Cour d'appel fédérale

¹¹⁹ *Supra*, note 1.

¹²⁰ Qui doit également être une « société canadienne » au sens du paragraphe 89(1) L.I.R.

¹²¹ Afin de mesurer ce contrôle, le paragraphe 251(5) L.I.R. présenté à la section 2.2.2.7. du présent texte doit être pris en compte, ce qui élargit considérablement les actionnaires potentiels.

¹²² 2008 D.T.C. 6472 (C.A.F.).

dans l'affaire *Sedona Networks Corporation c. La Reine*¹²³, lequel fait ressortir les difficultés d'interprétation lorsqu'en sus, des personnes visées à l'alinéa 125(7)b) L.I.R. détiennent des options d'acquérir les actions de la société¹²⁴.

Le statut de SPCC procure des avantages fiscaux marqués¹²⁵. Il n'est donc pas étonnant que les conditions pour y parvenir soient exigeantes et qu'en soient exclues les sociétés contrôlées de droit ou de fait par des sociétés publiques, des sociétés d'État ou par des non-résidents. Par contre, et tel qu'en fait état le jugement rendu dans l'affaire *Sedona Networks*, l'alinéa 125(7)b) L.I.R. de la définition de SPCC engendre des problèmes d'interprétation étant donné l'utilisation du vocabulaire réservé au contrôle de droit, sans lui adjoindre le concept de groupe de personnes qui lui appartient normalement.

2.2.1.5. Déduction accordée aux petites entreprises – Paragraphe 125(6.3) L.I.R.

La DPE¹²⁶ consiste en un crédit d'impôt de 17 % accordé aux SPCC sur des revenus précis, dont celui provenant d'une société de personnes déterminé pour l'année, lorsque la SPCC est membre d'une société de personnes¹²⁷. La loi présente une présomption selon laquelle ce revenu soit nul si la société de personnes est « contrôlée, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit »¹²⁸ par des non-résidents, des sociétés publiques ou une combinaison de ceux-ci. Évidemment, une société de personnes ne peut pas être contrôlée de droit par qui que ce soit puisque aucune action n'est émise. Pour cette raison, une fiction est ajoutée au paragraphe 125(6.3) L.I.R. de manière qu'une société de personnes soit réputée contrôlée de droit par la personne ou le groupe de personnes dont la part, sur le revenu de la société de personnes, excède 50 %. Rien n'indique clairement si le législateur propose la formation d'un groupe de

¹²³ 2007 D.T.C. 5359 (C.A.F.) (ci-après « *Sedona Networks* »).

¹²⁴ En effet, l'alinéa 251(5)b) L.I.R. doit être tenu en compte lors de l'établissement du statut de SPCC d'une société. La question en litige portait sur l'application éventuelle de cet alinéa à l'actionnaire hypothétique visé à l'alinéa 125(7)b) L.I.R. de la définition de SPCC. La Cour d'appel fédérale, infirmant le jugement rendu précédemment par la Cour canadienne de l'impôt, a préconisé l'application de l'alinéa 251(5)b) L.I.R.

¹²⁵ Par exemple, le droit à la DPE d'un taux de 17 % et prévu au paragraphe 125(1) L.I.R. constitue l'un des plus importants avantages.

¹²⁶ Par. 125(1) L.I.R.

¹²⁷ S.-al. 125(1)a)(ii) L.I.R.

¹²⁸ Par. 125(6.2) L.I.R.

contrôle par un simple résultat mathématique sans égard aux liens qui unissent les membres du groupe de contrôle ou si au contraire, les membres désignés par la disposition doivent agir de concert.

2.2.1.6. Remboursement au titre de dividendes – Paragraphe 129(1.1) L.I.R.

Le paragraphe 129(1) L.I.R. permet à une société privée de récupérer en totalité ou en partie le solde de son impôt en main remboursable au titre de dividendes (ci-après « IMRTD »)¹²⁹ à la fin de l'année, lorsqu'elle verse des dividendes imposables¹³⁰ à son actionnaire. Le paragraphe 129(1.1) L.I.R. exclut de l'application du paragraphe 129(1) L.I.R. le dividende qui serait versé à une société, laquelle serait un actionnaire détenant le contrôle au sens du paragraphe 186(2) L.I.R.¹³¹ et qui serait en faillite¹³² à un moment donné de l'année. Ce contrôle décrit au paragraphe 186(2) L.I.R. n'est pas un contrôle de droit habituel et il vise même des actionnaires qui ne détiendraient, par exemple, que 0,5 % des actions comportant plein droit de vote en toutes circonstances de la société.

Conformément à l'alinéa 186.1a) L.I.R., aucun impôt de la Partie IV L.I.R.¹³³ n'est payable par une société qui était un failli à un moment donné de l'année. La règle énoncée au paragraphe 129(1.1) L.I.R. vise donc à conserver un certain effet miroir dans la fiscalité des sociétés privées qui font partie d'un même groupe économique : celle qui paie le dividende imposable pourra obtenir un remboursement de son IMRTD pour autant que celle qui le reçoit assume en contrepartie l'impôt de la Partie IV L.I.R. Puisque la société en faillite qui contrôle la société payante au sens du paragraphe 186(2) L.I.R. est exonérée de l'impôt de la Partie IV L.I.R., la société payeuse se voit en conséquence refuser le RTD qui aurait été légitime selon le principe de l'intégration fiscale. Le législateur a ainsi proscrit les situations d'évitement potentiel entre sociétés d'un même groupe. De plus, il est logique que le type de contrôle visé au paragraphe 129(1) L.I.R. soit celui énoncé au paragraphe 186(2) L.I.R., puisque l'impôt de la Partie IV L.I.R. s'appuie également sur un tel type de contrôle étendu.

¹²⁹ Au sens du paragraphe 129(3) L.I.R.

¹³⁰ Au sens du paragraphe 129(7) L.I.R.

¹³¹ Voir la section 2.2.2.4. du présent texte.

¹³² Au sens du paragraphe 128(3) L.I.R.

¹³³ Auquel sont assujetties les sociétés privées ou assujetties au sens du paragraphe 186(3) L.I.R.

2.2.1.7. Choix d'une société qui devient exonérée – Paragraphe 149(1.11) L.I.R.

Le choix écrit auquel fait référence le paragraphe 149(1.11) L.I.R. devait être présenté par le contribuable avant l'année 2002. Les modalités n'en seront donc pas rapportées ici. En revanche, il est intéressant de s'arrêter au libellé de l'alinéa 149(1.11)a) L.I.R. pour remarquer le langage utilisé par le législateur afin de décrire le contrôle en l'espèce : « le contrôle direct ou indirect de la personne n'a fait l'objet d'aucun changement au cours de la période [...] »¹³⁴. Selon le jugement rendu dans l'affaire *Vineland Quarries*, il est d'ores et déjà entendu que le contrôle de droit d'une société puisse être direct ou indirect. Depuis 1988, le vocable bien précis édicté au paragraphe 256(5.1) L.I.R. en ce qui concerne le contrôle de fait en fait de même. Il est donc surprenant de retrouver à cette disposition ce contrôle « direct ou indirect ». En outre, il est impossible de déterminer si l'utilisation du mot « changement » à l'égard du contrôle vise vraiment un **changement** de contrôle d'une société par opposition à l'**acquisition** du contrôle de la société. Il y a changement de contrôle sans acquisition pour autant, dans la situation éventuelle où un actionnaire majoritaire d'une société perd le contrôle de droit de la société par l'effet d'une émission publique d'actions comportant droit de vote.

2.2.1.8. Société de recherche scientifique et de développement expérimental à but non lucratif – Paragraphe 149(8) L.I.R.

Sous réserve que de nombreuses conditions soient remplies, une société constituée uniquement en vue d'exercer ou de promouvoir des activités de recherche scientifique et de développement expérimental peut être exemptée d'imposition¹³⁵. L'une de ces conditions exige que la société en cause n'ait « pas acquis le contrôle d'une autre société »¹³⁶. Les règles fiscales portant sur l'acquisition du contrôle sont réservées à l'acquisition du contrôle de droit¹³⁷, c'est-à-dire à la détention directe ou indirecte de suffisamment d'actions comportant droit de vote de la société pour élire la majorité des administrateurs au conseil d'administration. Le paragraphe 149(8) L.I.R. renverse cette théorie en proposant qu'à cette fin, une société sera contrôlée par une autre société si l'autre société seule ou avec le concours de personnes avec qui elle a un lien de

¹³⁴ Al. 149(1.11)a) L.I.R.

¹³⁵ Al. 149(1j) L.I.R.

¹³⁶ *Id.*

¹³⁷ *Duha Printers*, précité, note 15, par. 85.

dépendance détient en nombre plus de 50 % des actions émises comportant plein droit de vote en toutes circonstances de la société acquise. Toutefois, cette présomption n'aura d'application que dans le cas où les actions auront été achetées ou acquises à titre onéreux par la société.

Cette présentation du contrôle de droit est plutôt atypique. Elle ne s'apparente en rien à celle instaurée par les tribunaux puisqu'elle admet la formation d'un groupe de contrôle¹³⁸ sans chercher à vérifier s'il existe des liens suffisants qui lui permettraient d'exercer le contrôle sur la société. Elle se distingue également du type de contrôle décrit au paragraphe 186(2) L.I.R.¹³⁹ par le fait que la société doive elle-même détenir des actions et qu'elle ne doit pas avoir payé pour les obtenir. Il est donc permis à une telle société de recevoir par don les actions comportant droit de vote d'une autre société tout en conservant son statut d'exonération. Pour ce faire, le législateur a transformé le sens usuel du contrôle de droit afin de convenir à sa politique.

2.2.1.9. L'alinéa 149.1(12)a) L.I.R.

Le législateur a choisi dans ce cas une formule de contrôle semblable à celle du paragraphe 186(2) L.I.R.¹⁴⁰ en ce qui concerne les organismes de bienfaisance visés à l'article 149.1 L.I.R.¹⁴¹ La définition proposée n'a d'application qu'aux fins de cet article et du paragraphe 188.1(3) L.I.R. Elle est présentée à l'alinéa 149(12)a) L.I.R. et se lit comme suit :

« a) une société est contrôlée par une fondation de bienfaisance si plus de 50 % des actions émises de son capital-actions comportant pleins(sic) droits(sic) de vote en toutes circonstances appartiennent :

(i) à la fondation,

(ii) à la fondation et à des personnes avec lesquelles la fondation a un lien de dépendance; [...]»¹⁴².

¹³⁸ La société **et** des personnes ayant un lien de dépendance avec elle.

¹³⁹ Voir la section 2.2.2.4. du présent texte.

¹⁴⁰ *Id.*

¹⁴¹ Les définitions de « personne intéressée » et « placement non admissible » présentées au paragraphe 149.1(1) L.I.R. portent également leur lot de présomptions quant à savoir si une fondation privée a un lien de dépendance avec une personne.

¹⁴² Al. 149.1(12)a) L.I.R.

La différence majeure à établir en rapport avec le contrôle visé à la Partie IV L.I.R. repose sur le fait que la fondation doit ici nécessairement détenir des actions pour être en mesure de contrôler la société.

2.2.1.10. Sociétés associées – Paragraphe 256(1.2) L.I.R.

À la manière du paragraphe 251.1(1) L.I.R.¹⁴³, les alinéas 256(1.2)a) à c) L.I.R. emploient le vocabulaire attribuable au contrôle de droit, tandis que leur application est plutôt réservée à des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui sont basées sur le contrôle de fait : les sociétés associées¹⁴⁴. Il y est proposé un type de contrôle qui se distingue du contrôle de droit (et même du contrôle de fait), en vue de rendre associées deux sociétés qui ne le seraient pas autrement. Écartant la nécessité d'établir des liens suffisants entre les membres d'un groupe, le législateur stipule à l'alinéa 256(1.2)a) L.I.R. que tous les propriétaires¹⁴⁵ d'actions d'une même société sont automatiquement membres d'un tel groupe par le simple fait de cette détention, ce groupe étant, comme la jurisprudence l'a établi¹⁴⁶, composé de deux personnes ou plus.

Au sous-alinéa 256(1.2)b)(i) L.I.R., le législateur renverse le principe énoncé dans l'affaire *Southside Car Market* en permettant qu'une société soit contrôlée à la fois par une personne ou par un groupe de personnes dont cette personne est membre. Si tel est le cas, la société est alors réputée contrôlée par le groupe de personnes. Puis, s'appuyant sur le jugement rendu dans l'affaire *Vina-Rug*, il énonce au sous-alinéa 256(1.2)b)(ii) L.I.R. que le contrôle d'une société puisse être exercé par plus d'un groupe de personnes à la fois. Également, ce dernier sous-alinéa permet qu'une société réellement contrôlée par une seule personne puisse également l'être ou réputée l'être par une autre personne. Ce serait le cas d'une société contrôlée de droit par une personne, contrôlée de fait par une autre et même contrôlée au sens de ce nouveau type de contrôle par une troisième.

¹⁴³ Voir la section 2.2.2.8. du présent texte.

¹⁴⁴ Par. 256(1), 256(1.1) et 256(1.3) à 256(5) L.I.R. Cependant, on notera qu'il ne s'applique pas à la définition du contrôle de fait prévue au paragraphe 256(5.1) L.I.R.

¹⁴⁵ En outre, les alinéas 256(1.2)d) à 256(1.2)f) L.I.R. établissent des règles pour faire en sorte qu'une personne soit réputée propriétaire d'actions de la société. Ces règles sont édictées en réponse aux jugements rendus dans les arrêts *Army and Navy Department Stores (Western) Ltd. c. MRN*, 53 D.T.C. 1185 (C.S.C.) et *Vineland Quarries*. Dans le cadre de ce dernier jugement, il avait été déterminé que le contrôle indirect ne pouvait exister que si l'actionnaire ou le groupe d'actionnaires contrôlait de droit l'autre société.

¹⁴⁶ *Buckerfield's*, précité, note 15.

Le contrôle dont il est question ici ne porte aucune des caractéristiques jurisprudentielles du contrôle de droit, non plus que celles du contrôle de fait édictées au paragraphe 256(5.1) L.I.R. Il est réservé à l'établissement du lien entre deux sociétés associées.

2.2.1.11. Contrôle réputé – Paragraphes 256(3) et 256(6) L.I.R.

Lorsque deux sociétés sont associées entre elles et qu'il existe une convention ou un arrangement exécutable selon les termes duquel les conditions probables laissent prévoir que la partie qui contrôle cessera de contrôler la société au bénéfice d'une personne ou d'un groupe avec lequel elle n'a aucun lien de dépendance, les paragraphes 256(3) et 256(6) L.I.R. peuvent entrer en action. Ils font en sorte d'exclure ces sociétés de l'application des règles des sociétés associées relativement à ce contrôle, si la raison d'un tel contrôle était la sauvegarde des droits de la partie qui contrôle, sur des titres de créance ou des actions de la société.

La notion de contrôle utilisée au paragraphe 256(3) L.I.R. est celle décrite au paragraphe 256(1.2) L.I.R.¹⁴⁷ Il ne s'agit donc ni du contrôle de droit, ni du contrôle de fait, mais plutôt d'un type de contrôle fait sur mesure pour l'application de ces règles. Ainsi, lorsque des sociétés sont ainsi contrôlées et que les autres conditions prévues au paragraphe 256(3) L.I.R. sont remplies, les sociétés seront réputées ne pas être associées l'une à l'autre aux fins de toute la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

En revanche, le paragraphe 256(6) L.I.R. qui s'applique dans des conditions similaires à celles prévues au paragraphe 256(3) L.I.R. utilise plutôt les seules notions de contrôle de droit et de contrôle de fait pour déterminer si une société est contrôlée¹⁴⁸. Et quoiqu'une société soit réellement contrôlée de droit ou de fait par une entité dominante, elle sera réputée ne pas avoir été ainsi contrôlée par elle, si les conditions qui y sont énumérées sont remplies. Le législateur a donc prévu à la loi une opportunité de ne pas reconnaître un contrôle (fictif et/ou réel) si ce contrôle n'existe que pour protéger la position des créanciers.

¹⁴⁷ Voir la section 2.2.1.10. du présent texte.

¹⁴⁸ En effet, le paragraphe 256(1.2) L.I.R. s'applique aux paragraphes 256(1), 256(1.1) et 256(1.3) à 256(5) L.I.R. Il ne trouve aucune application au paragraphe 256(5.1) qui décrit le contrôle de fait, ni au paragraphe 256(6) L.I.R. dont il est question ici.

2.2.2. Instauration d'une règle spécifique antiévitement

De par son appellation même, une règle spécifique antiévitement est un outil utile au législateur pour définir clairement les balises de sa politique fiscale. Dans le cas qui nous concerne, nous pourrions constater que le contrôle qui apparaît à la loi comme étant le contrôle de droit perd souvent son identité pour naître sous une forme hybride, laquelle se situe souvent quelque part entre le contrôle de droit et le contrôle de fait.

2.2.2.1. Présomption de gain en capital – Paragraphe 55(2) L.I.R.

Le paragraphe 55(2) L.I.R. est une règle antiévitement relative à la réalisation de gain en capital. Il présume qu'en certaines occasions précises, un dividende imposable reçu par une société qui réside au Canada soit réputé ne pas être un dividende, mais plutôt le produit de disposition ou le gain en capital découlant de la disposition d'une immobilisation¹⁴⁹. De manière générale, cette règle ne s'applique pas lorsque la transaction s'opère entre parties liées ou dans le cadre de certaines réorganisations¹⁵⁰. Par conséquent, il peut en être conclu que le législateur ne considère pas offensant le fait que cette opération s'effectue entre des parties qui sont liées entre elles. À la section du présent texte qui porte sur la définition de « personnes liées »¹⁵¹, nous constatons que la notion de contrôle de droit y est précisément utilisée par opposition à celle du contrôle de fait. De plus, toutes les dispositions visant à appliquer ou à exclure d'application le paragraphe 55(2) L.I.R. font essentiellement référence au contrôle de droit¹⁵².

Par contre, le lecteur devrait être attentif aux nombreuses présomptions législatives contenues dans cette sous-section de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Par exemple, le sous-alinéa 55(5)e(i) L.I.R. présume qu'un frère et une sœur sont réputés ne pas être liés tandis que le sous-alinéa 55(5)e(iv) L.I.R. stipule que l'alinéa 251(5)b) L.I.R. n'a pas à être considéré afin de déterminer si des personnes sont liées. Ainsi, quoique ces personnes soient réellement liées à toutes les autres fins de la loi, elles sont réputées ne pas l'être à l'égard du

¹⁴⁹ Au sens de l'article 54 « immobilisations » L.I.R.

¹⁵⁰ Al. 55(3)a) et 55(3)b) L.I.R. Voir cependant le paragraphe 55(3.1) L.I.R. qui en retire l'exclusion en certaines occasions. Également, il ne s'applique pas sur la partie du dividende qui est versée à même le revenu gagné après 1971.

¹⁵¹ Voir la section 2.2.2.7. du présent texte.

¹⁵² Par exemple, al. 55(3.1)a), par. 55(4) et al. 55(5)e) L.I.R.

paragraphe 55(2) L.I.R. En conséquence, elles ne peuvent pas être exemptées de son application.

Qui plus est, le paragraphe 55(4) L.I.R. indique que le contrôle de droit est réputé ne pas exister et les personnes sont réputées ne pas être liées lorsque le motif principal d'opérations ou d'événements produits visait à rendre des personnes liées ou une société contrôlée, de manière qu'elles se soustraient à l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. Par exemple, dans l'affaire *H.T. Hoy Holdings Ltd. c. La Reine*¹⁵³, le tribunal a effectivement conclu que la procédure utilisée par le contribuable pour le rachat d'actions était structurée en vue de lui permettre d'éviter l'application de ce paragraphe.

Cette règle de la loi se voulant généralement punitive, il est important de pouvoir cibler parfaitement les parties visées en faisant intervenir à la source un lien qui se vérifie et se prouve plutôt qu'un lien issu uniquement de faits. Le législateur a ainsi opté pour la notion de contrôle de droit (personnes liées), mais de manière élargie, ce qui en rend la lecture et l'application plus difficiles à circonscrire.

2.2.2.2. Les remises de dettes – Alinéa 80(2)j) L.I.R.

Selon la jurisprudence, le contrôle de droit est un concept qui ne s'applique qu'à l'égard de sociétés. Si le législateur désire exporter cette notion pour l'étendre à d'autres entités, il doit émettre des présomptions, ce qu'il fait à l'alinéa 80(2)j) L.I.R.

En effet, les règles générales portant sur la remise de dette peuvent s'appliquer différemment lorsque les parties sont liées¹⁵⁴. Ainsi, pour savoir si deux personnes sont liées¹⁵⁵, il faut généralement recourir à la notion de contrôle de droit. Pour éviter que des transactions effectuées avec des sociétés de personnes ou des fiducies ne soient pas régies par les règles visant les personnes liées¹⁵⁶, le sous-alinéa 80(2)j)(i) L.I.R. apporte une présomption. La loi émet l'hypothèse qu'en vue de déterminer si une personne est contrôlée par une autre,

¹⁵³ 97 D.T.C. 1180 (C.C.I.).

¹⁵⁴ Par exemple, les règles à l'égard du remisage de dette prévues à l'article 80.01 L.I.R.

¹⁵⁵ Voir la section 2.2.2.7. du présent texte.

¹⁵⁶ Selon le paragraphe 251(2) L.I.R., une société de personnes ou une fiducie n'est pas liée à une autre personne. Par contre, sous certaines conditions, une fiducie personnelle et un contribuable peuvent avoir un lien de dépendance selon l'alinéa 251(1)b) L.I.R.

chaque société de personnes et chaque fiducie est réputée être une société ayant émis 100 actions d'une seule catégorie. Le test de contrôle de droit devient donc un simple test de détention à l'égard d'actions émises par une société fictive.

2.2.2.3. Vente d'actions en cas de lien de dépendance – Paragraphe 84.1(2.2) L.I.R.

L'article 84.1 L.I.R. vise le dépouillement de surplus. Contrairement au paragraphe 55(2) L.I.R.¹⁵⁷ qui convertit en certaines occasions un dividende reçu par une société en produit de disposition d'actions, l'article 84.1 L.I.R. requalifie une partie ou la totalité d'un produit de disposition d'actions comme étant plutôt reçu au titre de dividende. De manière générale, la transaction visée est celle d'un contribuable (autre qu'une société) résidant au Canada qui dispose d'actions¹⁵⁸ d'une société qui réside également au Canada. Cette opération s'effectue en faveur d'un acheteur avec qui il a un lien de dépendance et dans des circonstances où, immédiatement après la disposition, la société de laquelle les actions ont été transférées est rattachée¹⁵⁹ à l'acheteur. Puisque la notion de « société rattachée » n'est envisageable qu'à l'égard de sociétés, l'acheteur en cause est obligatoirement une société. Le but recherché par l'article 84.1 L.I.R. est d'éviter que dans de telles circonstances, alors que le transfert s'opère entre personnes ayant un lien de dépendance, le produit de disposition des actions soit payé par l'acheteur à même les surplus de la société et non par des sommes imposées personnellement.

D'entrée de jeu, il faut remarquer que la loi vise l'acheteur avec lequel le vendeur a un « lien de dépendance » et non seulement l'acheteur « lié »¹⁶⁰. Déjà, le bassin d'application potentielle de l'article est élargi puisqu'il fait appel à une notion qui s'évalue selon les faits. Pour l'application de l'article 84.1 L.I.R., une fiducie (personnelle ou non), ses bénéficiaires¹⁶¹ ainsi que les personnes liées à eux sont également réputés avoir un lien de dépendance.

¹⁵⁷ Voir la section 2.2.2.1. du présent texte.

¹⁵⁸ Les actions visées sont celles qui sont des « immobilisations » du contribuable au sens de l'article 54 L.I.R.

¹⁵⁹ Au sens du paragraphe 186(4) L.I.R. qui englobe également la définition du paragraphe 186(2) L.I.R. par l'effet du paragraphe 186(7) L.I.R.

¹⁶⁰ Au sens du paragraphe 251(2) L.I.R.

¹⁶¹ Il s'agirait donc uniquement des bénéficiaires directs et non de tous ceux qui pourraient avoir un « droit de bénéficiaire » au sens du paragraphe 248(25) L.I.R..

De plus, les alinéas 84.1(2)b) et d) L.I.R. énoncent qu'un vendeur, qui n'aurait pas autrement un lien de dépendance avec l'acheteur, serait réputé en avoir un lorsque, immédiatement avant la disposition, le vendeur fait partie d'un groupe de moins de six personnes qui contrôlent la société transférée et qu'immédiatement après la disposition, le vendeur fait partie d'un groupe de moins de six personnes¹⁶² qui contrôlent l'acheteur. En utilisant le terme « contrôle », la loi renvoie normalement au groupe formé par des membres qui agiront de concert en vue d'exercer le contrôle de droit sur la société. Cependant, il n'en est rien ici, puisque le paragraphe 84.1(2.2) L.I.R. présente plusieurs fictions supplémentaires qui doivent être appliquées pour déterminer si le contribuable fait réellement partie de ce groupe d'au moins six personnes qui contrôlent la société.

La première fiction additionnelle est celle de la détention : en plus des actions détenues en mains propres, le contribuable est réputé détenir les actions qui sont la propriété d'autres actionnaires¹⁶³. Cette présomption est contraire à la règle de droit qui stipule que le contrôle s'évalue par la détention (directe et indirecte) d'actions appartenant au contribuable. Aussi, à la lumière du jugement rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Vina-Rug*, un groupe de contrôle de droit ne peut être formé que lorsque des liens suffisants en unissent les membres dans le but d'exercer le contrôle sur la société. Cette interprétation jurisprudentielle est donc ici contournée par une disposition qui propose une détention réputée des actions en certaines circonstances. Ainsi, la loi présume que le contribuable, son conjoint, les enfants mineurs ainsi que les fiducies dans lesquelles ils sont bénéficiaires ou les sociétés contrôlées¹⁶⁴ par eux ne représentent qu'une seule et même personne, soit le contribuable. Nul n'est par conséquent besoin d'établir entre eux des liens suffisants en vue d'exercer le contrôle sur la société; ces liens sont tout simplement réputés exister.

Dans l'arrêt *Buckerfield's*, la Cour de l'Échiquier a déterminé qu'au moins deux personnes étaient nécessaires à la formation d'un groupe. En utilisant les mots « plusieurs personnes » à l'alinéa 84.1(2.2)b) L.I.R., le législateur entérine cette interprétation.

Tel qu'il a été discuté à la section 1.3.1. du présent texte, les tribunaux ont établi que dans un cas où une seule personne se trouve en position de contrôler

¹⁶² Dont chacun était membre du premier groupe.

¹⁶³ Al. 84.1(2.2)a) L.I.R.

¹⁶⁴ Il est présumé que le contrôle ici visé est le pur contrôle de droit.

de droit une société, il n'est nullement permis d'y adjoindre des groupes de contrôle de droit auxquels celle-ci pourrait appartenir¹⁶⁵. Pour l'application de l'article 84.1 L.I.R., le législateur a inscrit à la loi une fiction qui consiste à considérer qu'une société puisse être réputée contrôlée de droit par un groupe, en dépit du fait qu'elle soit autrement contrôlée par une seule personne ou par un groupe plus restreint de personnes¹⁶⁶. Cette fiction lui permet de produire de nombreux groupes de contrôle de droit aux fins de l'application de cet article.

Finalement, les tribunaux ont depuis longtemps confirmé qu'une société pouvait être contrôlée de droit par plus d'un groupe de personnes¹⁶⁷. L'alinéa 84.1(2.2)d) L.I.R. reprend cette affirmation, mais bifurque sensiblement du principe bien établi en proposant qu'une société puisse, à la fois, être contrôlée de droit par une seule personne et par un groupe de personnes.

Il appert que le contrôle de droit présenté à l'article 84.1 L.I.R. est entièrement modifié et le praticien devrait redoubler de prudence afin de ne pas en écarter erronément l'application. Mis à part le fait qu'un groupe soit constitué de « plusieurs personnes », le contrôle de droit ne conserve, en fait, aucune des autres caractéristiques qui émanent de son interprétation jurisprudentielle.

2.2.2.4. Le paragraphe 186(2) L.I.R. – Partie IV L.I.R.

L'intitulé de l'impôt de la Partie IV L.I.R. annonce que cette partie de la loi s'applique uniquement à « l'impôt sur les dividendes imposables reçus par les sociétés privées ». Par mesure de précision, mentionnons qu'en dépit de ce fait, cet impôt peut également trouver application auprès de « sociétés assujetties » au sens du paragraphe 186(3) L.I.R., lesquelles ne sont pas des sociétés privées, de par leur définition même.

Le paragraphe 186(2) L.I.R. est bien enclavé au sein de la Partie IV L.I.R. afin de déterminer si une société est « rattachée » à une autre société au sens du paragraphe 186(4) L.I.R. Pourtant, la définition qui s'y trouve est, comme nous avons pu le constater, souvent exportée à d'autres dispositions inscrites à la Partie I L.I.R., tel que le prescrit le paragraphe 186(7) L.I.R.¹⁶⁸

¹⁶⁵ *Southside Car Market*, précité, note 33.

¹⁶⁶ Al. 84.1(2.2)c) L.I.R.

¹⁶⁷ *Vina-Rug*, précité, note 25.

¹⁶⁸ Par. 186(7) L.I.R. inséré à la loi en réponse au jugement rendu dans l'affaire *La Reine c. Olsen*, 2002 D.T.C. 6770 (C.A.F.). Par exemple, en ce qui concerne la Partie I L.I.R. :
(à suivre...)

Au sens du paragraphe 186(2) L.I.R., la notion de contrôle d'une société s'éloigne largement de la définition jurisprudentielle du contrôle de droit qui nécessite à tout le moins la détention d'actions de manière directe ou indirecte. Ainsi, selon le libellé de ce paragraphe, dès lors que plus de 50 % du **nombre** des actions émises par une société et comportant plein droit de vote en toutes circonstances est la propriété d'une autre société **ou** de personnes avec qui cette autre société a un lien de dépendance **ou** même d'une combinaison de celles-ci, la société en question sera réputée contrôlée de droit par cette autre société. En conséquence, une société pourrait être contrôlée au sens du paragraphe 186(2) L.I.R. par une société qui ne serait détentrice d'aucune action émise de son capital-actions, pourvu qu'une personne ou que des personnes ayant un lien de dépendance avec cette autre société détiennent plus de 50 % du **nombre** des actions émises de la société contrôlée. Par conséquent, cette présomption n'est nullement appuyée par le principe jurisprudentiel du contrôle de droit.

Pour la détermination du lien de dépendance à la source de ce contrôle étendu, l'alinéa 186(4)a) L.I.R. mentionne qu'il ne faut pas tenir compte d'un droit visé à l'alinéa 251(5)b) L.I.R. Cette position est conforme à la règle habituelle, car l'alinéa 251(5)b) L.I.R. n'a généralement aucune application en matière de contrôle de droit¹⁶⁹.

Il est clairement déterminé dans le texte de la loi que le contrôle dont il est question au paragraphe 186(2) L.I.R. ne s'applique pas à celui d'une société assujettie¹⁷⁰. Le paragraphe 186(3) L.I.R. définit ce en quoi consiste une telle « société assujettie » en regard de la Partie IV L.I.R. Cette société serait celle qui serait contrôlée par un particulier ou un groupe lié de particuliers, ce contrôle pouvant être exercé au moyen d'un droit de bénéficiaire sur une ou plusieurs fiducies ou autrement. Déjà, ce contrôle indirect obtenu par le truchement d'un droit de bénéficiaire sur une fiducie (ou autrement) ne

(...suite)

par. 84(11) et 84.1(1), s.-al. 88(1)d.2)(i) et 88(2.2)a)(iii), al. 89(7)c), par. 110.6(1) « action admissible de petite entreprise », al. d) et al. 129(1.1)a) L.I.R. Cependant, lorsque la loi indique que la société doit être rattachée compte **non** tenu du paragraphe 186(2) L.I.R., seul le sens du paragraphe 186(4) L.I.R. doit être retenu, par exemple en ce qui concerne la Partie I L.I.R. : s.-al. 110.6(15)b)(ii) L.I.R.

¹⁶⁹ Le paragraphe 251(5) L.I.R. est utile pour déterminer que des personnes sont liées au sens du paragraphe 251(2) L.I.R. ou pour établir le statut de SPCC. Cependant, voir le paragraphe 256(8) L.I.R. à la section 2.2.2.9. du présent texte pour y lire les exceptions relatives aux règles d'acquisition du contrôle d'une société et à la détermination du lien entre personnes affiliées.

¹⁷⁰ Définie au paragraphe 186(3) L.I.R.

correspond pas à la définition de contrôle de droit usuelle. De plus, le groupe de contrôle visé à cette définition n'est pas celui dont les membres agissent ensemble en vue d'exercer le contrôle sur la société; il découle plutôt de la simple addition mathématique des droits de vote sur les actions détenues par des personnes qui sont liées entre elles. Il semble qu'à cet égard l'alinéa 251(5)b) L.I.R. doit être considéré afin d'établir le lien entre les personnes liées.

Le type de contrôle présenté à la Partie IV L.I.R., celui-là même qui est très souvent employé à la Partie I L.I.R., diffère considérablement de la définition du contrôle de droit qu'ont façonnée les tribunaux. Le fait d'avoir consacré dans le texte de la loi le terme « contrôle », mais sans lui avoir donné son sens jurisprudentiel, peut rendre son interprétation ardue. Il est donc primordial pour le praticien de bien comprendre tous les tenants et aboutissants de ce concept afin qu'il puisse déceler les modulations apportées par le texte de loi.

2.2.2.5. Vente d'actions avec lien de dépendance par des non-résidents – Paragraphes 212.1(3) et 212.1(4) L.I.R.

L'article 212.1 L.I.R. partage une visée identique à celle de l'article 84.1 L.I.R. décrit ci-dessus, à l'exception du fait que le vendeur dont il est question est plutôt un non-résident du Canada. En effet, les sous-alinéas 212.1(3)a)(i) et (ii) L.I.R. sont à peu de chose près une reproduction du texte présenté aux sous-alinéas 84.1(2)b)(i) et (ii) L.I.R.¹⁷¹ afin de faire en sorte que le vendeur soit réputé avoir un lien de dépendance avec l'acheteur. Également, pour ce qui est de savoir si un non-résident fait partie d'un groupe de moins de six personnes qui contrôlent la société, l'alinéa 212.1(3)b) L.I.R. reprend de manière quasi intégrale le libellé du paragraphe 84.1(2.2) L.I.R. Ainsi, tous les commentaires soumis à la section 2.2.2.3. du présent texte à l'égard de l'article 84.1 L.I.R. s'appliquent *mutatis mutandis* à l'article 212.1 L.I.R.

2.2.2.6. Filiale contrôlée – Paragraphe 248(1) L.I.R.

Le paragraphe 248(1) L.I.R. définit la « filiale contrôlée » comme une « [S]ociété dont plus de 50 % du capital-actions émis (ayant plein droit de vote en toutes circonstances) appartient à la société dont elle est la filiale »¹⁷². Ce terme est utilisé à l'application du sous-alinéa 95(2.41)a)(ii) L.I.R. régissant les sociétés étrangères affiliées ainsi qu'à l'alinéa 400(2)g) R.I.R. afin de préciser

¹⁷¹ Voir la section 2.2.2.3. du présent texte.

¹⁷² Par. 248(1) « filiale contrôlée » L.I.R.

que le lieu d'affaires d'une telle filiale ne constitue pas, en soi, un établissement stable de la société mère. Ce terme sera adapté pour s'appliquer dorénavant à une fiducie intermédiaire de placement déterminée ou une société de personnes intermédiaire de placement déterminée¹⁷³.

En utilisant le mot « contrôlée », le texte de la loi devrait renvoyer directement au contrôle de droit de la société. Pourtant, la formule mène plutôt à l'établissement d'un **nombre** d'actions comportant plein droit de vote en toutes circonstances. Il apparaît donc que pour l'application de cette définition, les actions dotées d'un droit de votes multiples ne comptent que pour une seule action, ce qui ne correspond nullement à la définition du contrôle légal. Cette position a déjà été confirmée par l'ARC dans le cadre de l'application du sous-alinéa 186(4)b(i) et du paragraphe 186(2) L.I.R.¹⁷⁴

2.2.2.7. Définition de « personnes liées » – Paragraphes 251(2) L.I.R. et 251(5) L.I.R.

Le paragraphe 251(2) L.I.R. définit les personnes liées et les personnes liées entre elles. Lorsqu'il est déterminé que des personnes sont liées, elles sont réputées avoir entre elles un lien de dépendance¹⁷⁵. De manière générale, la détermination de ce lien sert à régir les transactions entre ces personnes liées de manière à s'assurer qu'elles s'opèrent sur une base semblable à celle qui anime les personnes non liées¹⁷⁶.

Les alinéas 251(2)b) et c) L.I.R. font intervenir la société au titre de personne liée, entité par laquelle est introduite la notion de contrôle. Le législateur a opté pour le fait que ce lien fiscal soit établi avec le plus d'objectivité possible puisqu'il y utilise le vocabulaire relatif à la notion de contrôle de droit. La Cour d'appel fédérale a d'ailleurs déjà confirmé que le contrôle auquel la loi fait référence dans ce contexte est le contrôle *de jure*¹⁷⁷.

¹⁷³ CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives et notes explicatives concernant la Loi de l'impôt sur le revenu, la Loi de 2001 sur l'accise et la Loi sur la taxe d'accise*, 14 juillet 2008, par. 57(2). Applicable aux années d'imposition 2007 et suivantes.

¹⁷⁴ « Partie B – Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 97*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1998, pp. 53:11-42, à la page 53:40.

¹⁷⁵ Al. 251(1)a) L.I.R.

¹⁷⁶ Par exemple, le sous-alinéa 69(1)b(i) et le paragraphe 15(2.1) L.I.R.

¹⁷⁷ *SMX Shopping Center Ltd. c. La Reine*, 2004 D.T.C. 6013 (C.A.F.), par. 20.

À la première disposition, il est indiqué qu'une société est liée à la personne¹⁷⁸ qui la contrôle de droit, lorsque la société est ainsi contrôlée par une personne¹⁷⁹. Cet énoncé respecte le principe qui ressort de l'arrêt *Southside Car Market* par lequel une société ne peut, à la fois, être contrôlée par une personne et par un groupe de personnes.

En second lieu, la loi prévoit qu'une société est liée à chacun des membres d'un groupe lié¹⁸⁰ qui contrôle la société¹⁸¹. Déjà, elle se distingue du contrôle de droit selon lequel la relation avec la société passe par le groupe dans son ensemble et non par chacun des membres qui le compose. En effet, en son sens jurisprudentiel, une société n'est jamais réputée contrôlée par un membre d'un groupe de contrôle si elle est réellement contrôlée par le groupe.

Aussi, la loi émet la présomption implicite que les membres d'un groupe lié agissent toujours de concert pour exercer le contrôle sur la société puisqu'ils n'ont qu'à être liés pour former un groupe de contrôle. D'ailleurs, l'alinéa 251(5)a) L.I.R.¹⁸² ajoute à cette fiction puisqu'il indique que dans le cas où un groupe lié est « en mesure de contrôler une société »¹⁸³, il est réputé la contrôler; et cela s'applique quoique dans les faits, un groupe (lié ou non) plus nombreux contrôle de droit la société. Par exemple, lorsque l'actionnariat d'une société est réparti également entre trois personnes, dont deux frères qui n'entretiennent entre eux aucune relation depuis plus de 20 ans, la société sera liée avec chacun des frères (groupe lié qui est en mesure de contrôler), en dépit du fait que la société soit réellement contrôlée de droit par le groupe formé de l'un des frères et du tiers.

En un certain sens, cette position est conforme à celle présentée dans l'affaire *Vina-Rug* où il a été maintenu qu'une société pouvait, à la fois, être contrôlée par plus d'un groupe de personnes; toutefois, pour former un groupe,

¹⁷⁸ Au sens du paragraphe 248(1) « personne » L.I.R. Ainsi, pour tout le paragraphe 251(2) L.I.R., le mot « personne » comprend également les sociétés, bien que l'alinéa 251(2)c) L.I.R. traite plus précisément des circonstances où deux sociétés sont liées entre elles.

¹⁷⁹ S.-al. 251(2)b)(i) L.I.R.

¹⁸⁰ Au sens du paragraphe 251(4) L.I.R. – chaque membre étant lié à chaque autre membre du groupe.

¹⁸¹ S.-al. 251(2)b)(ii) L.I.R.

¹⁸² On notera que cet alinéa s'applique également à l'établissement du statut de SPCC d'une société selon le paragraphe 125(7) « société privée sous contrôle canadien » L.I.R.

¹⁸³ Al. 251(5)a) L.I.R.

les membres¹⁸⁴ devaient être unis par des liens suffisants. Dans l'affaire *Margaret Hickman c. La Reine*¹⁸⁵, aux fins d'application de l'article 84.1 L.I.R., il a été décidé que la contribuable était liée à une société contrôlée par une fiducie pour laquelle son conjoint et elle-même étaient fiduciaires. Composant un groupe majoritaire de contrôle sur la société, étant deux des trois fiduciaires de la fiducie, ils formaient tous deux un groupe lié qui contrôlait la société. Cette conclusion du tribunal porte à croire que la mention « un groupe lié en mesure de contrôler » à l'alinéa 251(5)a) L.I.R. viserait un sous-groupe de fiduciaires liés. Aucun détail de l'acte de fiducie n'est rapporté au jugement, mais en posant l'hypothèse que les décisions des fiduciaires devaient se prendre à l'unanimité, il aurait été difficile, voire impossible, d'attribuer le contrôle au seul groupe lié.

Ainsi, la loi apporte la présomption que le seul fait d'être lié crée ce lien suffisant à l'égard des membres d'un groupe de contrôle d'une société. En effet, le groupe lié qui serait « en mesure de contrôler » n'est issu que de l'addition des droits de vote attachés aux actions détenues par lesdits membres du groupe lié, le résultat devant être supérieur à 50 %. Aucune volonté d'agir de concert n'est nécessaire pour former un groupe lié. Plus encore, le jugement rendu dans l'affaire *Margaret Hickman* semble même ouvrir le principe du contrôle de droit au contrôle de fait exercé sur une société par des fiduciaires qui n'en détiennent personnellement aucune action.

La loi précise également que toutes les personnes liées à celles qui contrôlent seules la société ou encore qui sont membres d'un groupe lié en mesure de contrôler la société seront elles-mêmes liées à la société¹⁸⁶. C'est ainsi que les combinaisons possibles se multiplient en vue d'établir si deux personnes sont liées au sens de la loi.

Quant à savoir si deux sociétés sont liées entre elles, la loi soumet des scénarios qui sont, en apparence, basés sur la notion jurisprudentielle de contrôle de droit puisque les sociétés en cause sont contrôlées soit par une personne, soit par un groupe de personnes¹⁸⁷. Cependant, la présomption du contrôle exercé par les membres d'un groupe lié « en mesure de contrôler la

¹⁸⁴ Deux personnes et plus selon le jugement rendu dans l'arrêt *Buckerfield's*, précité, note 15.

¹⁸⁵ 2000 D.T.C. 2584 (C.C.I.) (ci-après « *Margaret Hickman* »).

¹⁸⁶ S.-al. 251(2)b)(iii) L.I.R.

¹⁸⁷ S.-al. 251(2)c)(i) à 251(2)c)(vi) L.I.R.

société »¹⁸⁸ s'applique également à ces sous-alinéas, ce qui distance le texte du strict concept jurisprudentiel.

Par ailleurs, l'alinéa 251(2)c) L.I.R. introduit le « groupe non lié »¹⁸⁹ qui se définit comme étant tout groupe de personnes qui ne constitue pas un groupe lié. À la lumière du jugement rendu dans l'affaire *Buckerfield's*, la loi maintient qu'il faut plus d'une personne pour former un groupe de personnes. Les critères généraux énoncés dans l'arrêt *Vina-Rug* devraient également s'appliquer. Ainsi, il doit y avoir des liens suffisants qui unissent les membres d'un groupe non lié avant de conclure que ce groupe non lié contrôle de droit la société. En outre, puisqu'une société peut être contrôlée de droit par plus d'un groupe de personnes, le test visant à établir si deux sociétés sont liées peut devoir s'effectuer à l'égard d'une multitude de groupes non liés de contrôle, ces groupes étant formés par des membres plus ou moins nombreux, selon le cas, pourvu qu'ils aient tous l'intention d'agir de concert en vue d'exercer le contrôle sur la société. Analysée sous cet angle, cette partie de la loi qui vise le contrôle exercé par des groupes non liés serait tout à fait conforme à l'interprétation jurisprudentielle du concept de contrôle de droit.

Il ressort clairement de la jurisprudence que le contrôle de droit s'établit par la détention directe ou indirecte d'actions d'une société¹⁹⁰. À part les actes constitutifs, seule la convention unanime d'actionnaires doit être examinée afin de déterminer si l'actionnaire majoritaire est privé du contrôle effectif sur les affaires et les destinées de la société¹⁹¹. Une option ou un droit d'acquérir une action n'équivaut pas à la détention de l'action elle-même et ne doit pas, en conséquence, être considéré dans la détermination du contrôle de droit. À l'encontre de ce principe fondamental du contrôle de droit, l'alinéa 251(5)b) L.I.R.¹⁹² présente une fiction qui doit s'appliquer en vue d'établir que des personnes sont liées ou liées entre elles au paragraphe 251(2) L.I.R.

Cette fiction porte sur la propriété des actions et place la personne détentrice d'un tel droit dans la même position relativement au contrôle de la

¹⁸⁸ Al. 251(5)a) L.I.R.

¹⁸⁹ Au sens du paragraphe 251(4) L.I.R.

¹⁹⁰ *Vineland Quarries*, précité, note 23.

¹⁹¹ *Duha Printers*, précité, note 15.

¹⁹² On notera que cet alinéa s'applique également à l'établissement du statut de SPCC d'une société selon le paragraphe 125(7) « société privée sous contrôle canadien » L.I.R.

société que si les droits étaient exercés (et les actions acquises) ou les actions d'autres actionnaires rachetées ou annulées, selon le cas :

« [...] en vertu d'un contrat, en equity ou autrement, a un droit, immédiat ou futur, conditionnel ou non :

(i) à des actions du capital-actions d'une société ou de les acquérir ou d'en contrôler les droits de vote [...],

(ii) d'obliger une société à racheter, acquérir ou annuler des actions de son capital-actions dont d'autres actionnaires de la société sont propriétaires [...],

(iii) aux droits de vote rattachés à des actions du capital-actions d'une société, ou de les acquérir ou les contrôler [...],

(iv) de faire réduire les droits de vote rattachés à des actions, appartenant à d'autres actionnaires, du capital-actions d'une société, [...] ¹⁹³. » (Notre soulignement)

Selon une décision rendue en 2007 par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Sedona Networks*, la fiction de l'alinéa 251(5)b) L.I.R. est celle de propriété d'actions et non de contrôle. De ce fait, pour l'appliquer correctement aux règles de personnes liées, il faut faire comme si les droits visés étaient réellement exercés ¹⁹⁴. Cette fiction offre un résultat qui diffère grandement de celui qui serait obtenu selon la seule application du contrôle de droit puisque dans ce cas, des actions qui n'ont pas encore été émises sont réputées détenues par des actionnaires en ce qui regarde le contrôle qu'ils pourraient exercer sur la société. Cependant, il faut noter que dans toutes les situations proposées, lorsque le droit en cause est conditionnel au décès, à la faillite ¹⁹⁵ ou à l'invalidité permanente d'un particulier, il est exclu d'application de cet alinéa ¹⁹⁶.

Dans le cadre d'une interprétation technique rendue en 2008 ¹⁹⁷, l'ARC a émis l'opinion que l'alinéa 251(5)b) L.I.R. peut « influencer sur la détermination du

¹⁹³ Al. 251(5)b) L.I.R. Le paragraphe 18(5) « actionnaire déterminé » ainsi que le paragraphe 122.1(1) « titre » L.I.R. utilisent en tout ou en partie un vocabulaire semblable.

¹⁹⁴ *Sedona Networks*, précité, note 123, par. 27.

¹⁹⁵ Et non la seule insolvabilité selon AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2006-0167361E5, 16 mars 2006.

¹⁹⁶ S.-al. 251(5)b)(i) à 251(5)b)(iv) L.I.R.

¹⁹⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2007-0246721E5, 20 février 2008.

contrôle d'une société lorsque les actions de cette dernière sont détenues par une fiducie »¹⁹⁸, étant parfaitement consciente que cette position ne fait pas l'unanimité lorsque la fiducie est discrétionnaire. En fait, l'ARC appuie sa position sur la prémisse qui veut que tous les bénéficiaires d'une fiducie, laquelle est propriétaire d'actions de société, détiennent un droit prévu à l'alinéa 251(5)b) L.I.R. sur ces actions, à moins qu'il ne soit clairement démontré par l'acte de fiducie qu'ils n'auront jamais le droit de devenir propriétaires de ces actions ou d'en contrôler les droits de vote. Cette manière d'analyser la situation fiduciaire fait en sorte de rendre liées des personnes qui ne le seraient pas autrement.

Finalement, notons que la position administrative de l'ARC¹⁹⁹ à l'égard des droits visés à l'alinéa 251(5)b) L.I.R. est que, pour évaluer la position du détenteur des droits par rapport au contrôle de la société, chacun des détenteurs de droit doit le faire successivement et non simultanément²⁰⁰. À son avis, le simple libellé de la loi porte à appliquer une telle interprétation.

2.2.2.8. Le paragraphe 251.1(3) L.I.R.

L'article 251.1 L.I.R. vise à établir que des personnes sont affiliées ou qu'elles sont affiliées les unes aux autres. Le paragraphe 251.1(1) L.I.R. décrit les circonstances qui mèneraient à un tel lien en y employant le vocabulaire appartenant à la notion de contrôle de droit. Pourtant, le paragraphe 251.1(3) L.I.R. précise qu'à l'égard de l'article 251.1 L.I.R. « "contrôlé" [S]ignifie contrôlé directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit »²⁰¹, ce qui étend le sens à donner à celui du contrôle *de facto* défini au paragraphe 256(5.1) L.I.R.

On peut s'interroger à savoir pourquoi le législateur n'a pas directement privilégié l'expression consacrée qui aurait permis l'application du contrôle *de facto*, puisque les notes explicatives à la source de la disposition en

¹⁹⁸ *Id.*

¹⁹⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0048571C6, 2 décembre 2002. Cette position n'a jamais été traitée par les tribunaux.

²⁰⁰ Dans le cadre de l'interprétation technique citée ci-dessus, l'ARC a émis l'opinion que pour ce qui est d'établir la position relativement au contrôle qui est visée au paragraphe 256(1.4) L.I.R. (applicable aux sociétés associées), les droits devaient plutôt être exercés simultanément.

²⁰¹ Par. 251.1(3) L.I.R.

démontraient clairement l'intention²⁰². En outre, si le législateur a cru bon devoir définir précisément le mot « contrôlé » aux fins de l'article 251.1 L.I.R., est-ce à dire qu'il voulait conserver le sens jurisprudentiel du contrôle de droit à l'expression « qui contrôle » utilisée aux alinéas 251.1(1)a) à c) L.I.R.? Cette position semble peu probable étant donné le paragraphe 33(3) de la *Loi concernant l'interprétation des lois et règlements*²⁰³ qui impose que les termes d'une même famille de mots aient un sens correspondant. Dans l'affaire *Silicon Graphics*, la Cour d'appel fédérale a même maintenu que « l'expression "contrôle [...] par une ou plusieurs personnes" [...] n'avait pas une signification différente de l'expression "contrôle [...] par une personne ou un groupe de personnes" »²⁰⁴. Par conséquent, puisque les mots « contrôlé » et « contrôle » sont de la même famille grammaticale, l'article 251.1 L.I.R. devrait faire référence en son entier au contrôle de fait tel qu'il est défini à l'alinéa 251.1(3) L.I.R.²⁰⁵

En d'autres occasions, la loi est précise. Par exemple, l'alinéa 40(2)h) L.I.R. indique que l'expression « société contrôlée » signifie une société « qu'il contrôlait directement ou indirectement de quelque manière que ce soit »²⁰⁶ et le texte s'en tient à l'utilisation intégrale de cette expression qui fait appel à la notion de contrôle de fait.

Il peut donc être inféré du texte de l'article 251.1 L.I.R. que le législateur se réservait le droit d'utiliser la définition à d'autres dispositions. En effet, les paragraphes 69(11) et 107(6) L.I.R., par exemple, demandent que le lien unissant des personnes affiliées soit établi « compte non tenu de la définition de "contrôlé" au paragraphe 251.1(3) »²⁰⁷. Dans ces cas, seule la notion du contrôle de droit doit être utilisée.

²⁰² CANADA, ministère des Finances, *Notes explicatives*, Projet de loi C-28, L.C. 1998, c. 19, 10 décembre 1997.

²⁰³ L.R.C. (1985), c. I-21.

²⁰⁴ *Silicon Graphics*, précité, note 27, par. 55.

²⁰⁵ À cette date, aucun tribunal canadien n'a traité directement de la question.

²⁰⁶ Al. 40(2)h) L.I.R.

²⁰⁷ Al. 69(11)a) et 107(6)b) L.I.R.

2.2.2.9. Présomption d'exercice de droit – Paragraphe 256(8) L.I.R.

La règle prévue au paragraphe 256(8) L.I.R. est une règle antiévitement. Y sont édictées des présomptions permettant d'appliquer des fictions lorsqu'un contribuable acquiert un droit visé à l'alinéa 251(5)b) L.I.R. plutôt que les actions d'une société. Cette règle n'aura cependant d'effet que dans des circonstances où il est raisonnable de croire que l'un des principaux motifs de l'acquisition du droit était de passer outre l'application de diverses dispositions de la loi précisément nommées et dont certaines portent sur le contrôle d'une société.

Rappelons que de manière générale, l'alinéa 251(5)b) L.I.R. ne sert qu'à déterminer si des personnes sont liées au sens du paragraphe 251(2) L.I.R. ou encore à établir que la société est une SPCC selon le paragraphe 125(7) L.I.R.

Afin de déterminer si le contrôle d'une société a été acquis, le paragraphe 256(8) L.I.R. fera tout d'abord en sorte de placer le détenteur du droit aux actions et/ou aux votes dans la même position relativement au contrôle de la société que si le droit était immédiat, absolu et exercé. Bien entendu, cette fiction ne s'appliquera que si l'un des principaux motifs était d'éviter, par la détention des droits plutôt que celle des actions, l'application des règles d'acquisition du contrôle de droit²⁰⁸ qui auraient pris naissance au moment de l'acquisition des actions. De la même façon, le paragraphe 256(8) L.I.R. s'appliquera lorsqu'il sera raisonnable de croire que le contribuable cherche à éviter l'application du paragraphe 55(2) L.I.R.²⁰⁹

Finalement, pour ce qui est d'établir si une société est contrôlée par une personne ou un groupe de personnes relativement à l'application de l'article 251.1 L.I.R.²¹⁰, le droit visé à l'alinéa 251(5)b) L.I.R. sera également réputé être exercé, s'il est raisonnable de croire que l'un des principaux motifs d'acquisition du droit (plutôt que les actions) était d'éviter l'application de l'article 251.1 L.I.R.

²⁰⁸ Al. 256(8)b) L.I.R.; prévues aux paragraphes 10(10) et 13(24), à l'alinéa 37(1)h), aux paragraphes 111(4), 111(5.1), 111(5.2) et 111(5.3) L.I.R.

²⁰⁹ Al. 256(8)b) L.I.R. Le paragraphe 55(2) L.I.R. a été traité à la section 2.2.2.1. du présent texte.

²¹⁰ Al. 256(8)d) L.I.R. L'article 251.1 L.I.R. a été traité à la section 2.2.2.8. du présent texte.

Ainsi, le fait d'évaluer le contrôle de droit d'une société, en prenant pour hypothèse que les détenteurs des droits à des actions de la société et/ou à des votes sur des actions les ont exercés, n'est pas conforme à la définition jurisprudentielle du contrôle puisque dans un tel cas, une personne pourrait, sans même détenir la moindre action dans le capital-actions d'une société, être réputée la contrôler.

2.2.3. En conclusion

Dans cette deuxième section, il a pu être observé que le contrôle de droit élargi est maintes fois utilisé, tant pour limiter une mesure fiscale avantageuse que pour instaurer une règle spécifique antiévitement. En fait, le contrôle de droit est plus souvent proposé sous forme de présomptions et de fictions que sous celle développée par la jurisprudence. Plus encore, au paragraphe 256(1.2) L.I.R., tout en utilisant le vocabulaire attribuable au contrôle de droit, le législateur introduit un nouveau concept de contrôle qui ne s'apparente directement ni au contrôle de droit, ni au contrôle de fait.

En plusieurs occasions, la loi suggère que les actions qui doivent servir à évaluer le contrôle soient des actions comportant plein droit de vote en toutes circonstances²¹¹. Les tribunaux n'ont, quant à eux, jamais précisément énoncé cette exigence à l'égard du contrôle de droit.

CONCLUSION

La notion de contrôle de droit n'est pas définie dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Elle a plutôt été élaborée par les tribunaux et elle se distingue de celle du contrôle de fait, qui, elle, a été édictée²¹². Les tribunaux ont convenu qu'en vue d'exercer le contrôle de droit sur une société, il faut détenir un nombre suffisant d'actions comportant droit de vote de manière à pouvoir élire la majorité des administrateurs au conseil d'administration. Ce contrôle peut s'opérer de façon directe ou indirecte, par une seule personne ou par un groupe de personnes. Cependant, ce contrôle est mutuellement exclusif : lorsque déjà une personne est en mesure d'exercer le contrôle de droit sur une société par la détention de ses actions, aucun groupe de personnes ne peut le revendiquer au même moment. Par ailleurs, tant dans le texte de la loi²¹³ qu'en conséquence de

²¹¹ Par exemple, voir le paragraphe 186(2) L.I.R. traité à la section 2.2.2.4. du présent texte.

²¹² Par. 256(5.1) L.I.R.

²¹³ Par. 256(6.1) L.I.R.

la jurisprudence, une société peut être contrôlée de droit simultanément par plusieurs groupes de personnes. Cette définition du contrôle de droit est entrée dans nos mœurs depuis un certain temps et il est maintenant plutôt aisé d'en comprendre le sens.

Dans un but très louable de circonscrire les bénéficiaires des nombreux avantages fiscaux que présente la loi, le législateur a choisi de procéder quelquefois en octroyant à la notion du contrôle son sens jurisprudentiel normal²¹⁴ tandis qu'en d'autres occasions, il lui appose des caractéristiques qui s'en éloignent sensiblement²¹⁵. Par exemple, il arrive fréquemment que le texte de loi retire l'obligation que des liens suffisants existent entre les membres d'un groupe, pour conclure que ce groupe contrôle la société²¹⁶. Lorsque les membres d'un groupe de détenteurs d'actions sont liés, il y a une présomption implicite, et explicite à l'occasion²¹⁷, selon laquelle ils forment un tel groupe de contrôle. Peut-être le jugement rendu dans l'affaire *Silicon Graphics*²¹⁸ fournit-il un appui solide à cette présomption. Pourtant, cette position se rapproche plus du concept du contrôle de fait que de celui du contrôle de droit.

En quelques circonstances, les dispositions qui utilisent la notion du contrôle de droit revêtent des caractéristiques permettant généralement d'identifier les porteurs du contrôle de fait. C'est ainsi que les personnes liées, ayant entre elles un lien de dépendance²¹⁹, sont présumées agir de concert en vue de contrôler la société. Cette situation, quoique probable, ne se vérifie pas en toutes occasions; de ce fait, elle ne devrait pas être implicite. D'ailleurs, il est aisé d'en saisir la nuance à la lecture des présomptions ou fictions qui ont pour résultat de faire en sorte que des transactions entre personnes liées soient réputées s'opérer entre personnes non liées²²⁰. Cette position est généralement adoptée lorsque le fait d'être lié apporte des avantages indus aux contribuables impliqués²²¹.

²¹⁴ Voir la section 2.1. du présent texte.

²¹⁵ Voir la section 2.2. du présent texte.

²¹⁶ Par exemple, l'alinéa 251(5)a) L.I.R.

²¹⁷ *Id.*

²¹⁸ *Silicon Graphics*, précité, note 27, par. 36.

²¹⁹ Al. 251(1)a) L.I.R.

²²⁰ Par exemple, le sous-alinéa 55(5)e)(i) L.I.R.

²²¹ Par exemple, l'alinéa 88(1)c.2) L.I.R.

En d'autres circonstances, le législateur introduit la présomption visant à ce qu'un actionnaire qui est majoritaire soit réputé partager le contrôle de droit d'une société avec d'autres personnes ou avec d'autres groupes de personnes²²². Cette présomption impose évidemment une solution différente de celle adoptée par les tribunaux en matière de contrôle de droit.

En conséquence, puisque la notion jurisprudentielle du contrôle de droit ne semble généralement pas satisfaire le législateur, peut-être serait-il préférable qu'il envisage la formulation d'un type de contrôle adéquat qui serait présenté à l'alinéa 248(1) L.I.R.? D'ici la réalisation d'un tel vœu, le lecteur doit continuellement garder l'œil ouvert afin de détecter les différents types de contrôle de droit qui y sont exposés et surtout s'assurer que les transactions entre personnes liées, affiliées ou associées soient examinées selon le concept du contrôle de droit, tel qu'il est présenté par le législateur pour la circonstance.

²²² Par exemple, l'alinéa 256(1.2)b) L.I.R.

L'ACQUISITION DU CONTRÔLE DE DROIT DANS LE CAS DU MANDAT DONNÉ EN PRÉVISION DE L'INAPTITUDE

BORIANA CHRISTOV, AVOCATE
BCF S.E.N.C.R.L.

PRÉCIS

L'auteure traite dans cet article de la question de l'acquisition du contrôle de droit d'une société dans le cas de l'incapacité de l'actionnaire majoritaire. Plus précisément, l'auteure analyse le statut légal du « mandat donné en prévision de l'incapacité du mandant » et son importance dans la détermination d'une acquisition de contrôle aux fins fiscales.

ABSTRACT

This article considers the question of whether there is an acquisition of corporate control in the event of a legal incapacity of the majority shareholder. In particular, the author examines the legal status of a "Mandate Given in Anticipation of the Mandator's Incapacity" and its significance for determining whether there is an acquisition of control for income tax purposes.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	251
1. LE CONTRÔLE <i>DE JURE</i>	252
2. APPLICATION	254
2.1. ACQUISITION OU CHANGEMENT DE CONTRÔLE	254
2.2. DÉTENTION PARTAGÉE DES DROITS DE VOTE EN PARTS ÉGALES ET GROUPE DE PERSONNES	256
2.3. STATUT DU MANDAT DONNÉ EN PRÉVISION DE L'INAPTITUDE	260
2.3.1. Analyse proposée	261
3. CONTRÔLE RÉPUTÉ NON ACQUIS	269
CONCLUSION	271

INTRODUCTION

L'acquisition de contrôle est un événement central dans la législation fiscale canadienne et beaucoup de conséquences y sont rattachées, les principales étant notamment la possibilité de réaliser des pertes d'entreprise, d'obtenir certains crédits d'impôt, de bénéficier de dépenses admissibles ainsi que le changement de statut de la société¹. Ce texte ne vise pas à simplement énumérer toutes ces conséquences, mais plutôt à examiner s'il y a acquisition de contrôle dans la situation où un actionnaire devient inapte et que ses mandataires, en vertu d'un mandat en prévision de l'incapacité, exercent ses droits d'actionnaire.

L'examen du mandat donné en prévision de l'incapacité revêt une importance particulière lorsque l'actionnaire majoritaire devient inapte. Dans un tel cas, il pourrait y avoir une acquisition du contrôle de la société lorsque des mandataires, ou des actionnaires et des mandataires, font partie d'un groupe identifiable ayant le contrôle de droit de la société.

Le problème pourrait devenir encore plus complexe dans l'éventualité où les mandataires seraient des personnes non résidentes et qu'il y aurait une acquisition du contrôle de droit par eux à la suite de l'homologation du mandat par la Cour. Les conséquences pourraient être considérablement plus importantes dans le contexte d'une société privée sous contrôle canadien (ci-après « SPCC ») si des mandataires, ou des mandataires et des actionnaires, formant un groupe identifiable ayant le contrôle de droit de la société étaient des non-résidents du Canada, de sorte que la société en question perde son statut de SPCC à la suite de l'homologation du mandat.

L'objet de ce texte est de proposer une analyse dans le cadre de la *Loi de l'impôt sur le revenu*² afin de déterminer si la survenance de l'incapacité et l'homologation du mandat entraînent une acquisition de contrôle par les mandataires (avec ou sans un ou des actionnaires restants) et, le cas échéant, si ce résultat serait conforme à la politique fiscale canadienne.

¹ Dans le présent texte, l'expression « société » sera utilisée indifféremment afin de désigner une société par actions de régime fédéral ou une compagnie provinciale, sauf lorsque le contexte indique le contraire.

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

1. LE CONTRÔLE DE JURE

Bien que le concept de contrôle soit une notion-clé, la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne contient aucune définition de ce que signifie le terme « contrôle ». D'ailleurs, il faut distinguer entre le contrôle *de jure* et le contrôle *de facto*. Ces deux notions permettent de déterminer qui détient le **contrôle effectif** de la société, et ce, en examinant la relation entre les actionnaires et les dirigeants de la société.

Le concept de contrôle *de jure* a été défini par le président Jackett de la Cour de l'Échiquier dans l'arrêt *Buckerfield's Ltd. c. MRN*³, qui affirme que :

« Many approaches might conceivably be adopted in applying the word "control" in a statute such as the *Income Tax Act* to a corporation. It might, for example, refer to control by "management", where management and the Board of Directors are separate, or it might refer to control by the Board of Directors. The kind of control exercised by management officials or the Board of Directors is, however, clearly not intended by section 39 when it contemplates control of one corporation by another as well as control of a corporation by individuals (see subsection (6) of section 39). The word "control" might conceivably refer to *de facto* control by one or more shareholders whether or not they hold a majority of shares. I am of the view, however, that, in section 39 of the *Income Tax Act*, the word "controlled" contemplates the right of control that rests in ownership of such a number of shares as carries with it the right to a majority of the votes in the election of the Board of Directors. See *British American Tobacco Co. v. I.R.C.*, [1943] 1 A. E. R. 13, where Viscount Simon L. C., at page 15, says:

The owners of the majority of the voting power in a company are the persons who are in effective control of its affairs and fortunes⁴. » (Notre soulignement)

En outre, la Cour suprême du Canada a affirmé, dans l'arrêt *Duha Printers (Western) Ltd. c. Canada*⁵, que le test du contrôle *de jure* a pour objectif de déterminer qui détient le contrôle effectif de la société :

« Ainsi, le contrôle *de jure* est devenu la norme canadienne, et le critère généralement admis à cet égard consiste à se demander si la partie qui détient le contrôle a, en vertu des actions qu'elle possède, la capacité d'élire la majorité des membres du conseil d'administration. Toutefois, il faut reconnaître, au départ, que ce

³ [1964] 1 Ex. C.R. 299, 64 D.T.C. 5301 (C. de l'É.) (ci-après « *Buckerfield's* »).

⁴ *Id.*, 5303.

⁵ [1998] 1 R.C.S. 795, 98 D.T.C. 6334 (C.S.C.) (ci-après « *Duha Printers* »).

critère est vraiment une tentative de vérifier qui exerce un contrôle effectif sur les affaires et les destinées de la société. Autrement dit, bien que les administrateurs aient généralement, en vertu de la loi qui régit la société, le droit explicite de gérer la société, l'actionnaire majoritaire exerce indirectement ce contrôle en raison de sa capacité d'élire le conseil d'administration. Ainsi, c'est en réalité l'actionnaire majoritaire, et non pas les administrateurs eux-mêmes, qui exerce un contrôle effectif sur la société. Le président Jackett a reconnu expressément cela en énonçant le critère de l'arrêt *Buckerfield's*. En fait, la source invoquée à l'appui de ce critère est l'opinion incidente suivante que le lord chancelier, le vicomte Simon, a exprimée dans *British American Tobacco Co. c. Inland Revenue Commissioners*, [1943] 1 All E.R. 13, à la p. 15 :

Les détenteurs de la majorité des voix dans une société sont ceux qui exercent un *contrôle effectif sur ses affaires et ses destinées*⁶. » (Notre soulignement)

En bref, le concept de contrôle *de jure* examine qui détient le contrôle effectif des affaires de la société. En général, le contrôle effectif ressort de la propriété d'un nombre d'actions suffisant pour conférer au détenteur la capacité d'élire la majorité des membres du conseil d'administration. Cette formulation du concept de contrôle développée par la jurisprudence est également acceptée et appliquée par l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC »)⁷.

L'identification du détenteur du contrôle effectif de la société dépend généralement des actes constitutifs de la société. Plus spécifiquement, le contrôle est déterminé par l'examen des statuts et des règlements administratifs de la société, du registre des actionnaires et de la convention unanime des actionnaires (ci-après « CUA »). La CUA est considérée par la Cour suprême du Canada comme « un type exceptionnel de convention étant donné son origine et sa reconnaissance législatives », faisant partie à ce titre des actes constitutifs de la société⁸.

De façon générale, les ententes ordinaires entre actionnaires ne sont pas étudiées pour vérifier le contrôle de la société. L'importance d'une CUA, par rapport au contrôle effectif, vient du fait qu'elle modifie la répartition habituelle des pouvoirs dans une société. Selon les professeurs Maurice et Paul Martel :

⁶ *Id.*, par. 36.

⁷ Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-64R4 (consolidé), « Sociétés : association et contrôle », 14 août 2001, par. 13.

⁸ *Duha Printers*, précité, note 5, par. 58.

« L'effet d'une convention restreignant le pouvoir des administrateurs est de substituer les actionnaires aux administrateurs dans les droits et pouvoirs et aussi dans les devoirs et responsabilités des administrateurs, dans la mesure de la restriction. À la limite, les actionnaires peuvent remplacer complètement les administrateurs [...] »⁹.

Qui plus est, dans l'arrêt *Duha Printers*, la Cour suprême a établi que :

« [L]e but essentiel du critère de *Buckerfield's* est de déterminer où est situé le contrôle véritable de la société. À mon sens, il est impossible d'affirmer qu'un actionnaire a acquis ce contrôle du seul fait qu'il est en mesure d'élire la majorité des membres du conseil d'administration, alors que ce conseil n'a peut-être même pas réellement le pouvoir de prendre une seule décision importante au nom de la société. Le contrôle *de jure* d'une société par un actionnaire dépend d'une manière très réelle du contrôle exercé par la majorité des administrateurs dont l'élection est contrôlée par cet actionnaire. Quand un acte constitutif comme une CUA prévoit que le pouvoir légal de gérer la société est conféré à une autre personne qu'au conseil d'administration, le contrôle *de jure* véritable change nécessairement de mains et le tribunal doit reconnaître cette réalité¹⁰. » (Notre soulignement)

2. APPLICATION

2.1. ACQUISITION OU CHANGEMENT DE CONTRÔLE

Les conséquences légales diffèrent selon qu'il y a une **acquisition de contrôle** ou un **changement de contrôle**¹¹. En ce sens, une perte de contrôle par un actionnaire majoritaire n'entraînera pas, en soi, une acquisition de contrôle d'une société, à moins qu'elle ne soit accompagnée d'une acquisition de contrôle par une autre personne ou un autre groupe de personnes¹².

⁹ Maurice et Paul MARTEL, *La compagnie au Québec : les aspects juridiques*, vol. I, Montréal, Wilson & Lafleur, édition spéciale 2006, p. 27-7.

¹⁰ *Duha Printers*, note 5, par. 70.

¹¹ Voir Gordon S. FUNT, « Acquisition or Change of Control: Is There a Difference? », (1999), vol. V, n° 2 *Business Vehicles*, Federated Press, p. 234; Craig LAHMER, « Acquisition-of-Control Rules », dans *Corporate Management Tax Conference 1990*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1991, pp. 4:1-33; Robert J. REID, « Tax Implications of a Change in Control », dans *Corporate Management Tax Conference 1984*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1984, pp. 84 à 104.

¹² Voir C. LAHMER, *loc. cit.*, note 11, 4:4.

Certains auteurs suggèrent de plus qu'un critère d'intention pourrait être requis pour qu'il y ait acquisition de contrôle. Par exemple, Gordon Funt mentionne ce qui suit :

« The primary and narrower meaning of acquire indicates that a person or group of persons acquiring control must have an intention to acquire control. Whether the secondary and broader meaning of acquire would be used for the purposes of subsection 249(4), which would find an acquisition of control absent an intention to do so, is a matter of statutory interpretation¹³. »

Pour qu'il y ait acquisition de contrôle, il doit y avoir une intention des actionnaires en ce sens; ce point de vue n'est cependant pas partagé par tous les auteurs. Par exemple, Frederick Partington¹⁴ conclut, après avoir comparé des situations de changement de contrôle planifié et de changement de contrôle inévitable, qu'il y a des circonstances où une acquisition de contrôle survient même sans intention particulière des parties¹⁵.

Un argument soutenant la proposition qu'une acquisition de contrôle ne peut survenir sans intention des actionnaires pourrait être basé sur la distinction entre les conséquences résultant des **actions propres d'un contribuable** (bien qu'elles n'aient pas été désirées) et les conséquences découlant d'un **changement de statut** (par exemple, la mort d'un actionnaire ou le mariage de deux actionnaires)¹⁶. Malgré ce qui a été dit précédemment, il nous semble que la structure de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne soutient pas une telle interprétation. En effet, les dispositions des articles 251 et suivants L.I.R. prévoient plusieurs règles qui, essentiellement, réputent des liens entre des personnes qui, en vertu de ces liens, sont considérées avoir, ensemble, le contrôle d'une société. Selon nous, ces règles ne donnent pas ouverture à une interprétation qui permettrait de différencier une situation résultant de

¹³ Voir G. FLUNT, *loc. cit.*, note 11.

¹⁴ Frederick PARTINGTON, « Change of Control Rules for Corporations », dans *1988 Prairie Provinces Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1988, TAB 8, p. 23.

¹⁵ L'exemple donné concerne une convention d'actionnaires prévoyant une clause d'achat-vente. Il est difficile de soutenir que l'acquisition du contrôle dans ce cas est survenue sans que les parties aient eu cette intention puisque cette acquisition de contrôle est un effet de la convention intervenue et qu'elle tire donc sa source de leurs propres actes intentionnels.

¹⁶ Il est important de noter qu'il y a au minimum une disposition spécifique qui considère l'acquisition de contrôle pour cause de décès, soit l'alinéa 88(1)d.3) L.I.R. Ce fait pourrait affaiblir la force de l'argument et, selon les circonstances, il pourrait donner lieu à un argument *a contrario*.

l'intention des actionnaires d'une autre situation qui résulterait plutôt d'un changement de leurs statuts. Par ailleurs, il est à noter que cet argument n'a pas été examiné par les tribunaux et que, par conséquent, sa validité est incertaine¹⁷.

L'analyse qui suit vise à déterminer si la survenance de l'incapacité entraîne une acquisition de contrôle par les mandataires dans les cas où il y a détention partagée des droits de vote, en parts égales, parmi les actionnaires et où il y a un groupe identifiable qui possède le contrôle de droit de la société.

2.2. DÉTENTION PARTAGÉE DES DROITS DE VOTE EN PARTS ÉGALES ET GROUPE DE PERSONNES

La Cour suprême du Canada, dans l'affaire *MRN c. Dworkin Furs (Pembroke) Ltd. et autres*¹⁸, a établi que lorsque deux groupes détiennent chacun 50 % des actions leur permettant d'élire un nombre égal d'administrateurs et qu'aucun des actes constitutifs de la société ne prévoit de voix prépondérante en cas d'égalité de vote, alors aucun contrôle n'est exercé sur la société.

Une autre décision intéressante examinant la signification de **contrôle positif**, par opposition au **contrôle négatif**, dans le contexte de sociétés associées et de la détermination du contrôle, a été rendue par le juge Pinard de la Cour fédérale dans l'arrêt *W. Ralston and Co. (Canada) Inc. c. La Reine*¹⁹. La Cour a cité le *ratio* du président Jakkett dans l'arrêt *Dworkin Furs*, tel qu'il a été confirmé par la Cour suprême :

« [...] I doubt that the holding of a veto over the replacement of a particular board of directors constitutes control in any of the possible senses in which that word may have been used. One corporation cannot, in my view, be said to be "controlled" by another in any possible sense of that word unless that other can, over the long run, determine the conduct of its affairs. The mere fact that one corporation can prevent a

¹⁷ En effet, la jurisprudence, bien qu'elle n'ait pas examiné l'expression « acquisition de contrôle » en elle-même, s'est interrogée sur la signification des mots « acquérir » (*acquire*) et « acquis » (*acquired*). Les tribunaux les ont définis de la manière suivante : « gain par et pour quelqu'un; entrer en possession » (*gain by and for oneself; come into possession*) (*J & D Trophies & Engraving c. MRN*, [1993] G.S.T.C. 3); « devenir détenteur » (*to become the owner*) (*Gesser (N) Estate c. MRN*, 92 D.T.C. 6273 (C.A.F.)). Ces interprétations ne nous paraissent pas soutenir la proposition voulant qu'une acquisition de contrôle ne puisse survenir sans intention des actionnaires.

¹⁸ [1967] R.C.S. 223 (ci-après « *Dworkin Furs* »).

¹⁹ 96 D.T.C. 6488 (C.A.F.).

change in some or all of the directors of another is not a power of positive control. It is a mere veto over change in management²⁰. » (Notre soulignement)

Ainsi, lorsqu'une société est contrôlée par deux personnes ayant le même nombre d'actions comportant droit de vote et qu'il n'y a pas d'autre facteur indiquant que la société est contrôlée par un groupe composé des deux actionnaires, la jurisprudence majoritaire ne considère pas la société comme étant contrôlée par quelqu'un²¹.

Il est pertinent de noter que les alinéas 256(1.2)a) et 256(1.2)b) L.I.R. définissent, pour l'application des règles sur les sociétés associées, ce que signifie un « groupe de personnes ». Toutefois, ces règles ont une application limitée. Par conséquent, en ce qui a trait aux autres dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ce sont plutôt les définitions proposées par les tribunaux qui seront applicables. Par exemple, il a été établi par jurisprudence qu'avant d'arriver à la conclusion qu'un groupe de personnes existe, il doit y avoir un groupe identifiable composé de personnes ayant un lien commun par rapport à la société qu'elles contrôlent.

Le président Jackett, dans l'arrêt *Buckerfield's*, a expliqué que le mot « groupe » « peut référer à n'importe quel nombre, de deux à l'infini » (traduction non officielle). Cependant, il n'a pas fait de remarque sur la question visant à savoir s'il doit y avoir un lien quelconque entre les membres du groupe.

La Cour d'appel fédérale s'est penchée sur cette question dans l'arrêt *Silicon Graphics Ltd. c. Canada*²². Dans cette affaire, plus de 50 % des actions ordinaires de la société étaient détenues par des non-résidents qui les avaient acquises par le biais de la Bourse NASDAQ. La Cour devait déterminer si, pour l'application de la définition de « société privée sous contrôle canadien », la simple possession de plus de 50 % des actions par des non-résidents suffisait pour entraîner un contrôle étranger sur la société. La Cour d'appel fédérale a conclu que pour qu'un groupe de personnes soit dans une position de contrôle *de jure*, il doit exister un lien commun entre les membres de ce groupe comme une convention d'actionnaires, une entente pour agir de concert, des liens

²⁰ *Id.*, 6492.

²¹ Voir aussi les affaires *Multiview Inc. c. La Reine*, 97 D.T.C. 1489 (C.C.I.) et *International Mercantile Factors Ltd. c. La Reine*, 90 D.T.C. 6390 (C.F. 1^{re} inst.); confirmé par 94 D.T.C. 6365 (C.A.F.), rendues dans le contexte des sociétés associées, qui impliquent une détermination des contrôles *de jure* et *de facto*.

²² 2002 D.T.C. 7112 (C.A.F.) (ci-après « *Silicon Graphics* »).

commerciaux ou familiaux, etc. Puisqu'il n'y avait pas de preuve d'un tel lien, l'appel a été accueilli :

« [J]e souscris à l'argument de l'appelante selon lequel la simple possession d'une majorité mathématique d'actions par un ensemble d'actionnaires pris au hasard dans une société à grand nombre d'actionnaires ayant certains éléments communs identificateurs (p. ex. le lieu de résidence) mais sans un lien commun ne constitue pas un contrôle de droit ainsi que le terme a été défini par la jurisprudence. Je souscris également à l'argument de l'appelante selon lequel pour que plus d'une personne soit en position d'exercer un contrôle, il est nécessaire qu'il y ait un lien suffisant entre les actionnaires. Ce lien pourrait inclure, notamment, une entente de vote, une entente pour agir de concert ou des liens commerciaux ou familiaux²³. »

En comparaison, l'ARC circonscrit le *ratio* de la Cour d'appel fédérale dans le contexte d'une société à capital fermé. En ce cas, l'ARC considère ce qui suit :

« On a demandé récemment à Revenu Canada d'indiquer quand des personnes seraient considérées comme un groupe exerçant un contrôle de *droit* sur une société, en particulier dans le contexte d'une société à capital fermé. [...] »

L'action concertée permet de déterminer si un groupe de personnes contrôle une société; toutefois, nous sommes également d'avis que certaines présomptions ne manquent pas de pertinence dans le cas de sociétés à capital fermé. Par exemple, dans une société à capital fermé, le fait que les actionnaires adoptent conjointement des mesures mutuellement avantageuses est un important indicateur de l'action concertée. Par ailleurs, nous estimons que dans la quasi-totalité des cas où le droit de vote dans une société est exercé à égalité par deux actionnaires, la société sera contrôlée par le groupe composé de ces deux actionnaires. Pour réfuter cette présomption de contrôle par le groupe, il serait nécessaire de montrer qu'aucun actionnaire ne contrôle la société et que le processus décisionnel dans la société est effectivement au point mort. À notre avis, ce serait une situation très exceptionnelle; cependant, une situation de ce genre pourrait se produire lorsque les deux actionnaires ne peuvent pas s'entendre sur la façon de gérer la société et, partant, s'adressent à un tribunal pour autoriser la dissolution de leur compagnie²⁴. »

Ainsi, selon l'ARC, dans le cas d'une société à capital fermé, les actes constitutifs doivent être étudiés de près pour vérifier si, en cas de désaccord entre les actionnaires, le processus de prise de décision de la société serait dans

²³ *Id.*, 7117, par. 36.

²⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 7, 21 février 1996. Voir aussi « Table ronde de Revenu Canada », dans *Report of Proceedings of the Forty-First Tax Conference, 1989 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1990, pp. 45:1-60, question 16, aux pages 45:10-11.

l'impasse. Si (et seulement si) tel est le cas, la société ne sera, selon l'ARC, contrôlée par aucune personne ou aucun groupe de personnes.

Toutefois, la portée de cette position de l'ARC est plus restreinte que la position de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Silicon Graphics* et elle n'a pas été confirmée par la jurisprudence subséquente. De plus, cette position nous paraît douteuse²⁵ puisqu'elle entraînerait une acquisition de contrôle de droit dans tous les cas où un des deux actionnaires, qui traitent à distance, devenait inapte, du fait que, selon l'ARC, un nouveau groupe de personnes contrôlerait la société fermée à la suite de l'homologation du mandat.

En présumant qu'après l'homologation du mandat donné en prévision de l'incapacité il pourrait y avoir une acquisition de contrôle, l'actionnariat devrait être examiné. En vertu de la jurisprudence canadienne, lorsque les droits de vote sont partagés entre les actionnaires en parts égales, il n'y aura pas d'acquisition du contrôle de droit au moment de l'homologation du mandat donné par un des actionnaires en prévision de l'incapacité, à la condition que les mandataires ne soient pas liés à l'un ou l'autre des actionnaires restants. Par ailleurs, s'il y a un lien de dépendance entre les mandataires et le ou les autres actionnaires, ils pourraient former un groupe de personnes et la question d'acquisition du contrôle de droit deviendrait plus problématique.

Dans la prochaine partie, le statut du mandat en prévision de l'incapacité sera examiné afin de découvrir si ce type d'acte juridique peut jouer un rôle précis dans la détermination du contrôle *de jure* de la société. Une telle détermination pourrait être d'une importance particulière dans le cas où le capital-actions n'est pas divisé également entre les actionnaires (c'est-à-dire : 50/50) et que l'actionnaire majoritaire devient inapte; ou encore lorsque quelques-uns des mandataires peuvent être liés aux autres actionnaires d'une telle façon qu'ils constituent un groupe de personnes qui peut contrôler la société.

²⁵ Pour une position similaire, voir aussi Mark BRENDER, « Developments in the Concept of Corporate Control », dans *Report of Proceedings of Fifty-Ninth Tax Conference, 2007 Conference Report* Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2008, pp. 31:1-49, aux pages 31:16-17; Robert COUZIN, « Some Reflections on Corporate Control », (2005), vol. 53, n° 2 *Revue fiscale canadienne* 305-332, p. 321.

2.3. STATUT DU MANDAT DONNÉ EN PRÉVISION DE L'INAPTITUDE

C'est dans l'arrêt *Duha Printers* que la Cour suprême du Canada a énuméré plusieurs principes concernant le contrôle *de jure*. Plus spécifiquement :

- « (3) Pour décider s'il y a "contrôle effectif", il faut prendre en considération ce qui suit :
- (a) la loi qui régit la société;
 - (b) le registre des actionnaires de la société; et
 - (c) toute restriction, particulière ou exceptionnelle, imposée soit au pouvoir de l'actionnaire majoritaire de contrôler l'élection du conseil, soit au pouvoir du conseil de gérer l'entreprise et les affaires internes de la société, qui ressort de l'un ou l'autre des documents suivants :
 - (i) des actes constitutifs de la société; ou
 - (ii) d'une convention unanime des actionnaires.
 - (4) Les documents autres que le registre des actionnaires, les actes constitutifs et les conventions unanimes des actionnaires ne doivent généralement pas être pris en considération à cette fin.
 - (5) Lorsqu'il existe une restriction du genre visé à l'alinéa 3c), l'actionnaire majoritaire peut tout de même exercer le contrôle de jure, à moins qu'il ne dispose d'aucun moyen d'exercer un "contrôle effectif" sur les affaires et les destinées de la société, d'une manière analogue ou équivalente au critère de Buckerfield's²⁶. »

Les principes énumérés ci-dessus ne font pas référence précisément au mandat donné en prévision de l'inaptitude comme étant l'un des documents à examiner afin de déterminer où se trouve le contrôle *de jure* de la société. Cela dit, la question qui se pose est de savoir si ce type de mandat est un document possédant les caractéristiques nécessaires pour lui attribuer un statut spécial, similaire aux actes constitutifs de la société, ou s'il s'agit d'une entente externe qui est, selon le jugement de la Cour suprême, à l'extérieur de la portée de l'enquête du contrôle *de jure*.

²⁶ *Duha Printers*, précité, note 5, 6350.

2.3.1. Analyse proposée

L'analyse devrait être développée selon les trois questions suivantes :

- 1) Qui détient le contrôle effectif des actions de la personne inapte?
- 2) Le mandat donné en prévision de l'incapacité est-il l'un des documents spécifiquement énumérés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Duha Printers*?
- 3) Bien que le mandat donné en prévision de l'incapacité ne soit pas l'un des documents spécifiquement énumérés, pourrait-il être pris en considération dans le but de déterminer le contrôle *de jure*?

Si l'on se base sur l'idée que le critère général du contrôle *de jure* « est vraiment une tentative de vérifier qui exerce un contrôle effectif sur les affaires et les destinées de la société »²⁷, la question est de savoir si le mandat donné en prévision de l'incapacité a un impact sur le contrôle effectif de la société. Dans l'éventualité d'une réponse positive, il sera pertinent de se référer aux propos du juge Iacobucci dans l'arrêt *Duha Printers* afin de vérifier si le mandat se range dans l'une des catégories de documents énumérés. Enfin, si la réponse à cette seconde question est négative, il deviendra nécessaire de déterminer s'il existe, en droit, des raisons pertinentes pour prendre le mandat en compte dans l'analyse du contrôle *de jure* de la société.

Avant de procéder à cette analyse, il est toutefois nécessaire d'examiner la nature du mandat donné en prévision de l'incapacité.

2.3.1.1. La nature juridique du mandat donné en prévision de l'incapacité²⁸

En général, le droit fiscal s'applique aux relations juridiques des parties telles que déterminées en vertu du droit privé et, en ce sens, il constitue un supplément au droit privé des provinces. Ainsi, les notions et règles du droit privé des provinces (au Québec, le *Code civil du Québec*²⁹) trouvent application

²⁷ *Id.*, par. 36.

²⁸ Une analyse exhaustive des règles du contrat de mandat et du mandat donné en prévision de l'incapacité en droit civil dépasserait le cadre de notre étude.

²⁹ L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

aux fins de la fiscalité canadienne³⁰. Sauf dans les cas où la *Loi de l'impôt sur le revenu* écarte expressément le droit privé des provinces en le remplaçant par ses propres règles, il est nécessaire de recourir au droit privé. Au Québec, il est donc nécessaire de se référer aux règles du *Code civil du Québec* aux fins de l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Le contrat de mandat au sens du *Code civil du Québec* crée une relation entre deux personnes, en vertu de laquelle le mandant donne le pouvoir à une autre personne, le mandataire, de le représenter dans l'exécution d'un acte juridique avec une tierce personne. Le contrat est conclu par la simple acceptation du mandat par le mandataire, qui peut être expresse ou tacite³¹.

Généralement, lorsqu'il agit dans le cadre du mandat, le mandataire agit au bénéfice du mandant, puisque ses actes ont un impact sur le patrimoine du mandant.

Selon l'ARC, dans la sphère du mandat, la *Loi de l'impôt sur le revenu* ignore le mandataire lorsqu'il s'agit de déterminer quelles personnes détiennent le contrôle d'une société. Elle le considère en effet comme un simple intermédiaire entre la société et le mandant, tel qu'il est énoncé au *Bulletin d'interprétation* IT-64R comme suit :

« Les propriétaires des actions d'une société sont considérés comme les personnes ayant la propriété effective des actions. Tel est le cas même si les actions sont inscrites au registre des actions de la société au nom d'une ou de plusieurs autres personnes, comme un mandataire ou un simple fiduciaire³². »

Cette position nous paraît logique lorsqu'on pense au mandat général prévu au *Code civil du Québec*, puisque le mandataire est normalement assujéti aux directives du mandant. D'ailleurs, le mandant conserve le pouvoir de déterminer de quelle façon les actions détenues par le mandataire seront votées et il ne peut aliéner ce pouvoir sans aliéner les actions. Au contraire, il peut même unilatéralement changer, modifier ou mettre fin au mandat à tout moment, à condition qu'il respecte les droits précédemment acquis par de tierces personnes.

³⁰ Voir David G. DUFF, « La *Loi de l'impôt sur le revenu* et le droit privé au Canada : Complémentarité, dissociation et bijuridisme », (2003), vol. 51, n° 1 *Revue fiscale canadienne*, 1-63; *La Reine c. Lagueux & Frères inc.*, 74 D.T.C. 6569 (C.F. 1^{re} inst.).

³¹ Voir l'article 2132 C.c.Q.

³² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 7, par. 15.

En comparaison, le mandat donné en prévision de l'incapacité, bien qu'il arbore certaines caractéristiques du mandat général, possède également des particularités qui pourraient être importantes aux fins de la détermination d'une acquisition possible du contrôle de la société par le mandataire, une fois le mandat entré en vigueur. En effet, les caractéristiques particulières du mandat donné en prévision de l'incapacité pourraient justifier une position différente de celle applicable en matière de mandat général, énoncée précédemment, lorsqu'il est question de l'acquisition de contrôle d'une société.

Les règles concernant le mandat donné en prévision de l'incapacité se retrouvent aux articles 2166 à 2174 C.c.Q. Il a été reconnu par la doctrine québécoise en droit civil que cette institution juridique a une nature hybride. En effet, la nature hybride de ce type de mandat est caractérisée par la combinaison, d'une part, des caractéristiques inhérentes au droit des contrats et, d'autre part, des règles plus strictes, relatives aux régimes de protection des personnes, qui sont présentes en droit civil.

En d'autres termes, si les parties au mandat jouissent de la liberté contractuelle en ce qui a trait à la création et au contenu du mandat, il reste que le volet du régime axé sur la protection impose un plus grand formalisme dans l'exécution du mandat. Suivant l'article 2166 C.c.Q., le mandat donné en prévision de l'incapacité doit être fait par acte notarié en minutes ou devant deux témoins et son exécution est subordonnée à son homologation par le tribunal.

D'autre part, dans le cadre d'un mandat donné en prévision de l'incapacité, le *Code civil du Québec* vient imposer des normes minimales de conduite au mandataire. De plus, le contrôle judiciaire envers le mandataire est accru en comparaison au contrôle qui s'exerce sur le mandataire dans le cadre d'un mandat général. Par conséquent, toute personne intéressée pourrait s'opposer à l'homologation et à l'exécution du mandat.

À moins de stipulation contraire dans le mandat, le mandataire est chargé de la simple administration du patrimoine de l'individu incapable. Or, le mandant peut prévoir des règles différentes, comme accorder au mandataire la pleine administration, ou encore restreindre son mandat en lui accordant moins de pouvoir que ce que prévoient les règles de la simple administration.

Si l'on se base sur les règles du *Code civil du Québec*, le mandataire est tenu d'administrer le patrimoine de la personne incapable, ce qui vient inclure l'exercice des droits de vote afférents à ces actions. Dans l'exercice de ses fonctions, le mandataire est lié par le contrat de mandat conclu avec le mandant et homologué par le tribunal. De plus, il est lié par les règles d'ordre public

imposées à tous les administrateurs du bien d'autrui. Ainsi, il doit remplir ses fonctions avec prudence, diligence, honnêteté, et ce, dans le meilleur intérêt de la personne inapte³³.

Mis à part cette norme de diligence applicable à tous les administrateurs, l'exercice des droits de vote afférents aux actions pourrait être restreint par la portée du mandat. Dans l'éventualité où le mandant n'a pas imposé de restrictions particulières quant à l'exercice de ses droits de vote, le mandataire pourra être restreint dans le mode d'aliénation des actions, selon qu'il est chargé de la simple ou de la pleine administration.

Pour toutes ces raisons, il est permis de se demander si la position de l'ARC d'ignorer le mandataire aux fins de la détermination du contrôle d'une société devrait s'appliquer dans le cadre d'un mandat donné en prévision de l'incapacité.

2.3.1.2. Application de l'arrêt *Duha Printers*

Contrôle effectif

Bien qu'elle soit devenue inapte, une personne ne perd jamais le droit de propriété sur ses biens, lesquels continuent de faire partie de son patrimoine. Cependant, elle perd le contrôle effectif sur les biens en question, ce qui signifie qu'une tierce personne exerce ses droits patrimoniaux. Cela dit, même si les effets des actions posées par le mandataire se matérialisent dans le patrimoine du mandant, les actes eux-mêmes ne sont aucunement contrôlés par le mandant inapte. En effet, le contrôle par le mandant cesse dès le début de l'exécution du mandat, c'est-à-dire lorsque l'incapacité survient et que le tribunal homologue le mandat en vertu de l'article 2166 C.c.Q. Il est toutefois possible pour le mandant de reprendre le contrôle de son propre patrimoine dans les rares cas où il redevient apte et que le mandat est révoqué subséquemment.

Ainsi, malgré la nature contractuelle du mandat donné en prévision de l'incapacité, celui-ci est très différent du mandat général donné à un mandataire puisque, tel que nous l'avons déjà mentionné, dans le cas du mandat général, le

³³ Il existe un débat quant à savoir si les règles concernant l'administration du bien d'autrui sont d'ordre public, ou si leur application peut être limitée ou même exclue par les parties. Bien que ce sujet dépasse le cadre du présent texte, nous sommes d'avis que les obligations des administrateurs d'agir avec prudence et diligence sont d'ordre public.

mandant garde tous les pouvoirs à l'égard de ses biens et peut révoquer le mandat à tout moment.

Par conséquent, la réponse à la première question de notre analyse pourrait s'avérer positive. Le mandataire détient le contrôle effectif sur l'exercice des droits de vote de l'actionnaire inapte. Bien que le mandant soit, en droit, le véritable propriétaire des actions, il n'est pas capable d'élire les dirigeants de la société ni de diriger « les affaires et les destinées de la société ». Cette situation ne découle pas de sa propre volonté, mais lui est imposée. De plus, généralement, une fois en vigueur, le mandat ne peut être révoqué ou modifié par le mandant personnellement. Ainsi, l'actionnaire inapte n'a pas un impact sur le **contrôle à long terme** de la société³⁴. Cette situation diffère manifestement des cas où l'actionnaire, agissant dans une relation purement contractuelle, décide de restreindre ses droits afférents aux actions de son propre chef.

Actes constitutifs de la société

Le mandat donné en prévision de l'inaptitude n'est pas un acte constitutif de la société, ni une convention unanime entre actionnaires. Suivant les commentaires du juge Iacobucci dans l'arrêt *Duha Printers*, il s'agit d'une convention externe.

Existe-t-il, en droit, une raison pertinente pour considérer le mandat dans l'analyse du contrôle de droit?

Les tribunaux ont pris en compte les documents externes à plusieurs occasions. Dans l'arrêt *MRN c. Consolidated Holdings Co. Ltd.*³⁵, la Cour suprême a examiné la question de savoir si deux sociétés étaient contrôlées par le même groupe de personnes. Essentiellement, les faits pertinents étaient les suivants. La totalité des actions émises par l'une des deux sociétés était détenue par les deux frères Gavin en parts égales. Cette société détenait également 13 100 des 30 000 actions de la seconde société. Le reste des actions de la

³⁴ *Donald Applicators et autres c. MRN*, 69 D.T.C. 5122; confirmé par 71 D.T.C. 5202 (C.S.C.); *Duha Printers*, précité, note 5, par. 44. Voir aussi R. COUZIN, *loc. cit.*, note 25; David M. WILLIAMSON et Michael MANLY, « Acquisition of Control: An Update », dans *Income Tax and GST Planning for the Purchase, Sale, and Canada-US Expansion of a Business, Corporate Management Tax Conference 1996*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1996, pp. 5:1-43.

³⁵ [1974] R.C.S. 419 (ci-après « *Consolidated Holdings* »).

seconde société était détenu pas les frères Gavin et la société Montréal Trust, collectivement à titre d'exécuteurs et fiduciaires de la succession d'un certain Duncan Gavin. En vertu du testament, les décisions de deux des fiduciaires, quels qu'ils soient, liaient le troisième.

La majorité de la Cour suprême a énoncé ce qui suit au sujet de la détermination du contrôle de droit détenu par un groupe de personnes :

« Pour arriver à déterminer si un groupe de personnes contrôle une compagnie, il ne suffit pas, lorsqu'il s'agit de fiduciaires qui figurent au registre à titre d'actionnaires, de limiter l'enquête au registre des actionnaires et aux statuts d'association de la compagnie. Pour vérifier si l'un des actionnaires ou plus d'un ont été placés dans une situation où ils ont le pouvoir, en droit, d'imposer à leurs co-fiduciaires leurs volontés quant à la manière d'exercer les droits de vote afférents aux actions, il faut examiner l'acte de fiducie.

Du point de vue de la compagnie, dispositions de protection mises à part, les actionnaires fiduciaires sont tenus de voter comme s'ils étaient un. S'ils ne sont pas unanimes, ils ne peuvent exercer les droits de vote afférents aux actions. [...] Il ne suffit pas simplement d'examiner le registre des actionnaires lorsque la question qui se pose porte sur le contrôle³⁶. »

La Cour suprême a conclu que les frères Gavin formaient un groupe qui contrôlait les deux sociétés, en raison de la clause du testament prévoyant la prise des décisions par les fiduciaires³⁷.

La Cour suprême s'est encore une fois spécifiquement interrogée au sujet de l'importance des documents externes dans l'arrêt *Duha Printers*, dans lequel elle a commenté de la manière suivante l'arrêt *Consolidated Holdings* :

« 48. J'estime qu'une distinction peut aussi être établie d'avec les arrêts *Consolidated Holding*, précité, et *La Reine c. Lusita Holdings Ltd.*, 84 D.T.C. 6346 (C.A.F.), dans lesquels les tribunaux ont tenu compte de documents autres que les actes constitutifs pour la seule raison que la majorité des actions des sociétés en cause étaient détenues par des fiduciaires. Il était donc nécessaire d'examiner les actes de fiducie pour décider si les droits de vote des fiduciaires étaient assujettis à des restrictions et, le cas échéant, quelles étaient ces restrictions. Il s'est trouvé que, dans les deux cas, l'exercice par les fiduciaires de leurs droits de vote rattachés aux actions pouvait être limité par les actes de leurs cofiduciaires : dans *Consolidated Holding*, le testament de l'actionnaire décédé prévoyait que [TRADUCTION] «les vues, bon plaisir et directives de deux de [ses] fiduciaires, quels qu'ils soient, lient le

³⁶ *Id.*, 422-423.

³⁷ Voir également, au même effet, *La Reine c. Lusita Holdings Ltd.*, 84 D.T.C. 6346 (C.A.F.).

troisième de [ses] fiduciaires” (p. 422), alors que, dans *Lusita Holdings*, le juge Stone a constaté le fait que “[l]e droit de contrôler les droits de vote appartenait aux cofiduciaires et n’était pas l’apanage d’un seul” (p. 6348).

49. Je suis d’avis que ces facteurs démontrent clairement la distinction qui s’impose, dans l’appréciation du contrôle de jure, entre un acte de fiducie et d’autres documents externes. Une fiducie impose au fiduciaire l’obligation d’agir conformément aux dispositions de l’acte de fiducie et au profit du bénéficiaire. Autrement dit, le fiduciaire n’est pas libre d’agir autrement qu’en conformité avec l’acte de fiducie et, si cet acte de fiducie impose des restrictions à sa capacité d’exercer les droits de vote rattachés aux actions, alors il faut prendre ces restrictions en considération dans l’analyse du contrôle de jure. Par contre, toute restriction qui pourrait être imposée par un document externe est une restriction à laquelle les actionnaires ont consenti librement et n’est pas du tout incompatible avec leur pouvoir de jure de contrôler la société. En d’autres termes, les restrictions imposées aux droits de vote des fiduciaires doivent être considérées comme une restriction de leur capacité d’agir librement dans les circonstances. Aucune restriction de cette nature ne vient entraver l’exercice du contrôle de jure par l’actionnaire ordinaire, même si une convention externe vient restreindre le contrôle réel ou de facto³⁸. » (Notre soulignement)

Une analogie importante peut être faite entre la situation décrite par le juge Iacobucci et celle du mandat donné en prévision de l’incapacité. En effet, généralement, dans les deux cas (lorsque les actions sont détenues dans une fiducie et lorsque les actions sont administrées par un mandataire, le mandant étant incapable), le contrôle des actions est retiré à l’actionnaire de façon permanente (sous réserve de la fin possible du mandat dans le cas où le mandant redevenait capable). Les fiduciaires, tout comme le mandataire du mandant incapable, sont des administrateurs du bien d’autrui et sont assujettis à des restrictions énoncées dans l’acte constitutif ainsi qu’à la norme de diligence applicable à tous les administrateurs en vertu du *Code civil du Québec*. La seule différence est que, dans le cas du mandat, les actions demeurent dans le patrimoine de l’actionnaire incapable tandis que, dans le cas de la fiducie, le constituant perd la propriété des actions. En effet, dans le cas de la fiducie, les actions sont transférées à un patrimoine distinct qui est dirigé par des fiduciaires. Quant à l’actionnaire incapable, il ne peut exercer lui-même ses droits, par exemple élire des membres au conseil d’administration de la société, bien qu’il soit toujours, en droit, le propriétaire des actions.

Le passage des commentaires du juge Iacobucci cité précédemment indique implicitement qu’il existe des raisons valables de consulter un acte de fiducie afin de déterminer le contrôle *de jure*, même s’il ne s’agit pas d’un acte

³⁸ *Duha Printers*, précité, note 5, par. 48-49.

constitutif. Comme le mentionne un auteur, le juge Iacobucci n'a pas commenté directement l'arrêt *Consolidated Holdings*, mais a plutôt opéré une distinction entre un acte de fiducie et les autres documents externes³⁹. Cela dit, jusqu'à ce que l'arrêt *Consolidated Holdings* soit renversé plus explicitement, nous pouvons avancer que ce jugement fait toujours droit et ainsi, que l'acte de fiducie est l'un des rares documents externes pouvant être pris en considération dans l'appréciation du contrôle *de jure*. Mais il ne s'agit pas nécessairement du seul.

En effet, l'arrêt *Duha Printers* est très clair au sujet des restrictions attachées aux droits de vote des actionnaires qui peuvent avoir une incidence sur le contrôle de la société. Elles doivent soit « émaner (i) des actes constitutifs de la société ou (ii) d'une convention unanime entre actionnaires ». Ce principe ne semble toutefois pas écarter l'examen d'autres types de documents externes de façon catégorique. Le *ratio* veut que les « documents autres que le registre des actionnaires, les actes constitutifs et les conventions unanimes des actionnaires ne doivent généralement pas être pris en considération à cette fin » (notre soulignement). L'emploi du mot « généralement » laisse entrevoir qu'il peut y avoir des exceptions. Ainsi, il est possible d'avancer que le mandat donné en prévision de l'incapacité pourrait être l'un de ces documents externes pris en considération lorsqu'il s'agit de décider s'il y a contrôle *de jure*, puisqu'il possède des caractéristiques juridiques uniques et qu'il comporte des restrictions quant au pouvoir du mandataire.

En somme, il découle de ce qui précède que, lorsqu'il s'agit de déterminer si une acquisition de contrôle résulte de l'homologation du mandat donné en prévision de l'incapacité, les éléments à considérer sont : 1) l'identité des mandataires, ainsi que celle des autres actionnaires; et 2) les conditions du mandat donné en prévision de l'incapacité. Cette conclusion peut être soutenue par la jurisprudence et par la nature particulière de ce type de mandat aux termes du *Code civil du Québec*. Malgré le fait que l'actionnaire inapte continue d'être le propriétaire des actions, il ne possède plus le contrôle quant aux droits de vote afférents à ces actions. Jusqu'à ce qu'un tribunal se prononce précisément sur la question, cette position peut être considérée comme étant valide, et ce, malgré les commentaires précités de l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Duha Printers*.

Dans la partie suivante de la présente étude, les règles particulières de la *Loi de l'impôt sur le revenu* seront examinées dans l'optique de l'acquisition du

³⁹ R. COUZIN, *loc. cit.*, note 25.

contrôle d'une société afin de déterminer dans quelle mesure cette position est conforme à la politique fiscale canadienne.

3. CONTRÔLE RÉPUTÉ NON ACQUIS

Alors que l'expression « acquisition de contrôle » n'est pas définie dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le paragraphe 256(7) L.I.R. prévoit un certain nombre de situations où le contrôle est réputé ne pas avoir été acquis aux fins de l'application de certaines dispositions précises de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (incluant celles concernant la disponibilité des pertes d'entreprise et l'accessibilité à certains crédits d'impôt et dépenses admissibles). Les règles du paragraphe 256(7) L.I.R. doivent également être prises en compte aux fins de notre analyse. Plus particulièrement, le contrôle d'une société est réputé ne pas avoir été acquis dans les circonstances suivantes :

- 1) La personne qui acquiert les actions est liée (autrement qu'en raison d'un droit d'acheter des actions ou un droit de vote, etc., visé à l'alinéa 251(5)b) L.I.R.), immédiatement avant l'acquisition, à la personne de qui les actions sont acquises;
- 2) Cette personne était, immédiatement avant l'acquisition, liée à la société. Le paragraphe 251(2) L.I.R. définit les circonstances dans lesquelles une personne est liée à une société. (Ici également, cette détermination est faite compte non tenu de la relation résultant d'un droit visé à l'alinéa 251(5)b) L.I.R.)
- 3) Cette personne était l'exécuteur, l'administrateur ou le fiduciaire d'une succession qui a acquis les actions en raison du décès d'une personne. Conséquemment, le décès d'un actionnaire en contrôle ne va pas nécessairement amener un changement de contrôle pour la société, et ce, tant que les actions restent entre les mains de l'exécuteur, de l'administrateur ou du fiduciaire;
- 4) Cette personne a fait l'acquisition des actions à la suite de la liquidation de la succession d'une personne avec laquelle elle était liée. Conséquemment, la distribution d'actions par une succession n'occasionnera pas un changement de contrôle si le bénéficiaire qui reçoit les actions était lié au défunt⁴⁰.

⁴⁰ De plus, un rachat ou une annulation d'actions, ou un changement des droits ou des conditions attachés aux actions d'une société (ou d'une société qui contrôle cette société) ne
(à suivre...)

En somme, en vertu de l'alinéa 256(7)a) L.I.R., la plupart des transferts d'actions entre les membres d'un groupe familial, qu'il s'agisse d'un transfert entre vifs ou par testament, ainsi que la plupart des transferts d'actions entre des sociétés à l'intérieur d'un groupe de sociétés, n'entraîneront pas une acquisition de contrôle pour l'application des dispositions énumérées dans le préambule du paragraphe 256(7) L.I.R., auxquelles il est fait référence précédemment.

Ainsi, le contrôle pourrait ne pas être acquis en raison de l'homologation du mandat, dépendamment de l'identité du mandataire et de sa relation avec l'actionnaire inapte.

De plus, on peut, selon nous, établir une analogie entre le représentant légal d'une succession et le mandataire dans le cas de l'incapacité de l'actionnaire majoritaire. En effet, si la politique fiscale canadienne veut qu'aucune acquisition de contrôle ne résulte du seul transfert des actions au liquidateur de la succession en raison du décès de l'actionnaire, et ce, peu importe l'identité du liquidateur responsable, il est tout à fait cohérent qu'aucune acquisition de contrôle ne résulte de l'homologation du mandat donné en prévision de l'incapacité puisque, après tout, l'actionnaire reste le véritable propriétaire des actions. Cela est vrai, et ce, malgré les objectifs différents poursuivis par les deux types d'administrations (à savoir, dans le premier cas, l'administration de la succession dans le but de la liquider et, dans l'autre, l'administration du patrimoine du mandant dans le but de le préserver).

Il pourrait être soutenu qu'une telle extension de la portée de la division 256(7)a)(i)(C) L.I.R. n'est pas appropriée puisqu'il s'agit d'une disposition très précise et que, par conséquent, elle devrait être interprétée restrictivement. Cependant, nous sommes d'avis qu'une interprétation stricte de cette disposition peut mener à un résultat inattendu et excessif. Par exemple, si l'actionnaire était victime d'un accident grave et qu'il avait perdu ses sens et sa connaissance, selon une interprétation stricte de la division 256(7)a)(i)(C) L.I.R., cette disposition ne s'appliquerait pas et il pourrait y avoir acquisition de contrôle au moment de l'homologation de son mandat en prévision de l'incapacité. Par contre, cette même division s'appliquerait et il n'y aurait pas une telle

(...suite)

conduit pas nécessairement à une acquisition de contrôle de la société lorsque chaque personne et chaque groupe de personnes qui contrôlent la société immédiatement après ce moment étaient liés à la société immédiatement avant ce moment (ou, immédiatement avant la mort d'une personne, lorsque les actions étaient détenues par la succession de cette personne au moment du rachat, de l'annulation ou du changement).

acquisition de contrôle si l'actionnaire décédait plutôt que de devenir inapte. Un tel résultat nous semble contraire à la politique fiscale canadienne.

En résumé, le législateur a prévu que dans certains cas, il n'y a pas d'acquisition du contrôle malgré l'acquisition de la propriété des actions si l'acquéreur est lié à l'ancien propriétaire immédiatement avant l'acquisition. La même exclusion s'applique à l'acquisition d'actions par une succession, mais sans restriction par rapport à l'identité du liquidateur. Bien que le but de l'administration soit différent dans le cas d'une succession et dans celui de l'homologation d'un mandat donné en prévision de l'incapacité, cela ne justifie pas à notre avis une conclusion contraire en ce qui a trait à l'acquisition du contrôle de droit, particulièrement compte tenu du fait qu'aucun transfert de propriété ne résulte, en droit, de l'homologation du mandat.

CONCLUSION

À première vue, il serait plus prudent d'inclure dans l'analyse du contrôle *de jure* le mandat donné en prévision de l'incapacité étant donné l'importance découlant de l'acquisition du contrôle de droit. Cette position pourrait être soutenue en invoquant le statut spécial de ce type de mandat selon le droit civil québécois, tel qu'il est comparé au mandat général. De plus, compte tenu de l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire de *Duha Printers*, il semble que la jurisprudence future pourrait considérer le mandat donné en prévision de l'incapacité parmi les documents pertinents aux fins de déterminer qui détient le contrôle de droit de la société.

Par ailleurs, il nous semble que la politique fiscale sous-jacente aux règles énoncées au paragraphe 256(7) L.I.R. indique qu'il serait préférable de conclure qu'il n'y a pas acquisition du contrôle de droit en raison de la seule homologation du mandat donné en prévision de l'incapacité. Nonobstant le statut spécial du mandat donné en prévision de l'incapacité, il n'en résulte pas un transfert de propriété des actions, un fait qui, selon la jurisprudence⁴¹, est habituellement au centre de la notion d'acquisition du contrôle de droit. De plus, quant à la politique fiscale concernant l'acquisition du contrôle de droit dans certaines situations particulières s'apparentant à notre avis à l'homologation du mandat donné en prévision de l'incapacité, le législateur a décidé qu'en général, malgré le fait qu'il y ait un transfert de propriété des actions à un représentant légal de l'actionnaire, il n'en résulte pas une acquisition du contrôle de droit. En conséquence, il nous semble que, aux fins de l'acquisition du contrôle de droit,

⁴¹ Voir *Buckerfield's*, précité, note 3.

le mandat donné en prévision de l'inaptitude ne devrait pas être pris en considération.

La jurisprudence et le législateur auront certainement dans l'avenir l'occasion d'apporter une réponse définitive à cette question.

LA DÉCISION **GLAXOSMITHKLINE ET SES SURPRISES**

JEAN-PIERRE VIDAL, CA, CPA, PH. D.
PROFESSEUR AGRÉGÉ
HEC MONTRÉAL

PRÉCIS

Les trois questions les plus importantes qui se posaient dans le litige *GlaxoSmithKline Inc. c. La Reine* sont les suivantes : quelle différence faut-il faire entre l'ancien article 69 L.I.R. (applicable au litige) et le nouvel article 247 L.I.R.? Où est la frontière entre ce qui est comparable et ce qui ne l'est pas? Enfin, comment tenir compte des circonstances ou caractéristiques uniques qui sont typiques de l'industrie pharmaceutique? Les réponses à ces questions n'allaient pas de soi et le jugement suscitait donc un grand intérêt. Maintenant que le jugement a été rendu, l'absence d'une discussion au sujet des différences entre l'ancien article 69 L.I.R. et le nouvel article 247 L.I.R. surprend, tout comme l'utilisation de prix établis dans une situation proche de la concurrence pure et parfaite pour juger de ce que devrait être un prix de monopole. La difficulté de trouver des bons comparables refait toujours surface.

ABSTRACT

The three most important questions arising from the *GlaxoSmithKline Inc. v. R.* decision are: What distinctions should be made between the old section 69 I.T.A. (which was applied in the case) and the new section 247 I.T.A.? Where is the border between what is comparable and what is not? Finally, how should the circumstances or unique characteristics typical of the pharmaceutical industry be considered? There are no easy answers to these questions; thus, the judgment has generated a lot of interest in the tax community. It is surprising that the judgment lacks a discussion of the differences between the old section 69 I.T.A. and the new section 247 I.T.A. Equally surprising is the use of prices established in a situation, which is close to pure and perfect competition, in order to determine what should be a monopoly price. Finding good comparables remains a difficult issue.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	275
1. OBSERVATIONS INCONTOURNABLES	276
1.1. CONTEXTE POLITIQUE	276
1.2. CONTEXTE JURIDIQUE	278
1.3. LES FAITS	284
1.4. OBJECTIFS FISCAUX DE LA MULTINATIONALE	286
1.5. LITIGE PRINCIPAL	287
2. POSITION DES PARTIES ET JUGEMENT	288
2.1. MÉTHODE DU PRIX COMPARABLE SUR LE MARCHÉ LIBRE	289
2.2. AUTRES MÉTHODES	295
3. SURPRISES ET BONS COMPARABLES	297
3.1. INTERPRÉTATION DU PARAGRAPHE 69(2) L.I.R.....	297
3.2. INTERPRÉTATION DU PARAGRAPHE 1.30 DES PRINCIPES DE L'OCDE	306
3.2.1. Prix du Zantac et des autres médicaments substituables ...	310
3.2.2. Prix du chlorhydrate de ranitidine vendu par Adechsa S.A. et par d'autres.....	316
3.3. MÉTHODE DE PARTAGE DES BÉNÉFICES.....	319
3.3.1. Clarifications au sujet du profit économique	321
3.3.2. Les causes du profit économique	322
3.3.3. Le profit économique sans aucun bien incorporel	324
3.3.4. Le profit économique avec des biens incorporels	325
CONCLUSION	326

INTRODUCTION

La décision *GlaxoSmithKline Inc. c. La Reine*¹, rendue en mai 2008 par la Cour canadienne de l'impôt, est la première décision majeure rendue en matière de prix de transfert au Canada, ce qui veut également dire que les tribunaux supérieurs ne se sont pas encore prononcés. Cette décision a été rendue dans un contexte politique où les planifications « agressives » sont examinées de près et où il semble difficile d'interpréter les dispositions canadiennes de prix de transfert² sans utiliser les commentaires de l'Organisation de coopération et de développement économiques (ci-après « OCDE »³). En bref, la société GlaxoSmithKline Inc. (ci-après « GSKI ») aurait trop payé l'un de ses fournisseurs liés à l'étranger. Une partie du revenu imposable de GSKI aurait ainsi échappé au fisc canadien pour se retrouver ailleurs, là où il est possible de réduire l'impôt mondial du groupe multinational détenu par Glaxo Holdings PLC (ci-après « Glaxo »). Sur la base de certaines comparaisons, le ministre du Revenu national a établi des nouvelles cotisations. Sur la base d'autres comparaisons, GSKI s'est défendue. La Cour canadienne de l'impôt a tranché : GSKI doit payer. La victoire du fisc est considérable. Cette cause était évidemment importante pour les parties. Pour les tiers, à l'extérieur, elle ne l'était pas moins. En bref, avant le jugement, plusieurs questions fondamentales se posaient : quelle différence faut-il faire entre l'ancien article 69 L.I.R. (applicable au litige) et le nouvel article 247 L.I.R. ? Où faut-il tracer la frontière entre ce qui est comparable et ce qui ne l'est pas ? Comment tenir compte des circonstances ou caractéristiques uniques qui sont typiques de l'industrie pharmaceutique ? Toutes ces questions soulevaient des difficultés significatives et aucune réponse n'allait de soi. Ce jugement est donc de toute évidence d'un grand intérêt.

¹ 2008 TCC 324, 2008 CarswellNat 1666, 2008 D.T.C. 3957 (en anglais) (ci-après « GSK »).

² Par dispositions canadiennes de prix de transfert, il faut comprendre les dispositions concernant les prix de transfert qui se sont trouvées à un moment ou à un autre dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* (L.R.C. 1985, 5^e supp., c. 1 et mod.) (ci-après « L.I.R. »); et les dispositions concernant les prix de transfert qui se sont trouvées à un moment ou à un autre dans une autre loi canadienne pertinente (relative à un traité par exemple).

³ L'OCDE compte 30 pays membres : Allemagne, Australie, Autriche, Belgique, Canada, Corée, Danemark, Espagne, États-Unis, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Islande, Italie, Japon, Luxembourg, Mexique, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République slovaque, République tchèque, Royaume-Uni, Suède, Suisse, Turquie.

Après quelques observations incontournables, le jugement de la Cour canadienne de l'impôt est résumé. L'originalité et l'intérêt du présent texte consistent à faire ressortir les différences d'interprétation qu'il serait possible de voir entre l'ancien article 69 et le nouvel article 247 L.I.R. En outre, le présent texte fait également ressortir que l'interprétation qui a été faite du mot « marché » a permis d'utiliser des prix établis dans une situation proche de la concurrence pure et parfaite pour juger de ce que devrait être un prix de monopole. Comme un appel a été interjeté auprès de la Cour d'appel fédérale, cette dernière offrira probablement de nouveaux éléments utiles aux contribuables dans leur interprétation des règles de prix de transfert au Canada.

1. OBSERVATIONS INCONTOURNABLES

Parmi les observations incontournables concernant l'affaire *GSK*, il faut aborder les contextes politique et juridique, les faits établis devant la Cour, les objectifs fiscaux de la multinationale en cause et le litige principal.

1.1. CONTEXTE POLITIQUE

Ce jugement est rendu à un moment où les administrations fiscales réagissent de plus en plus vigoureusement à l'érosion de leurs assiettes fiscales et aux planifications fiscales agressives. L'importance de ce contexte politique sur le jugement reste à déterminer, mais il est certain que ce jugement limite les planifications de prix de transfert qui peuvent être élaborées sans crainte.

D'une part, depuis au moins 20 ans, le Bureau du vérificateur général du Canada souligne le coût et la variété des stratagèmes d'évitement fiscal et des planifications agressives au Canada⁴. D'autre part, les ressources dévolues à la protection de l'assiette fiscale canadienne augmentent. Dans son budget de 2005⁵, le ministre des Finances du Canada a accru les ressources pour décourager les planifications fiscales internationales agressives de 30 M\$ par

⁴ CANADA, Bureau du vérificateur général du Canada, *Rapport du vérificateur général du Canada*, Ottawa, 1986, chap. 4; CANADA, Bureau du vérificateur général du Canada, *Rapport du vérificateur général du Canada*, Ottawa, 1987, chap. 2; CANADA, Bureau du vérificateur général du Canada, *Rapport du vérificateur général du Canada*, Ottawa, 1997, chap. 18; CANADA, Bureau du vérificateur général du Canada, *Rapport de la vérificatrice générale du Canada à la Chambre des communes*, Ottawa, 2002, chap. 4 et 11; CANADA, Bureau du vérificateur général du Canada, *Le Point, Rapport de la vérificatrice générale du Canada à la Chambre des communes*, Ottawa, 2007, chap. 7.

⁵ CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2005*, 23 février 2005, p. 181.

année⁶. Cet accroissement s'est poursuivi dans le Budget de 2007, où il est possible de lire que des ressources supplémentaires seront à nouveau affectées à l'ARC pour « renforcer l'application du régime fiscal canadien en ce qui concerne le revenu de sources étrangères et les opérations transfrontalières ». Le *Plan budgétaire de 2007* continue en précisant que « [l]es opérations relatives à des prix de transfert et les cas complexes d'évitement fiscal d'envergure internationale recevront une attention particulière »⁷. Finalement, dans ce même budget, le ministre des Finances du Canada a également annoncé la création d'un comité consultatif d'experts en fiscalité « chargé d'effectuer des études et de mener des consultations en vue d'identifier de possibles nouvelles mesures à mettre en œuvre pour rendre plus équitable le régime canadien de fiscalité internationale »⁸. Le rapport de ce comité a été remis après que le jugement eut été rendu⁹.

Dans son budget de 2008, la ministre des Finances du Québec affirmait quant à elle que « les planifications fiscales agressives doivent être combattues avec vigueur »¹⁰. À cette fin, elle annonçait la mise en place d'une équipe spécialisée dans la lutte contre ce type de planifications et elle annonçait également une révision du cadre législatif. Un livre vert (un document de consultation) devait alors être présenté à l'automne 2008¹¹.

⁶ En conséquence des ressources supplémentaires accordées par le Parlement en 2005, l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») a, entre autres, créé 11 centres d'expertise afin de contrecarrer l'évitement fiscal international et la planification fiscale abusive. Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Centre d'expertise de la planification fiscale internationale abusive*, août 2005 (consulté le 27 octobre 2008 en ligne) <http://www.cra-arc.gc.ca/nwsrm/fctshts/2005/m08/050823-fra.html>.

⁷ CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2007*, 19 mars 2007, p. 266.

⁸ *Id.*, p. 461.

⁹ CANADA, ministère des Finances, Groupe consultatif sur le régime fiscal canadien de fiscalité internationale, *Rapport final : Promouvoir l'avantage fiscal du Canada*, décembre 2008.

¹⁰ QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2008-2009, Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, p. A.132.

¹¹ *Id.*, pp. A.161 à A.164. Le Livre vert a finalement été déposé en janvier 2009, plusieurs mois après que la décision *GSK* eut été rendue; voir QUÉBEC, ministère des Finances, *Les planifications fiscales agressives*, janvier 2009.

1.2. CONTEXTE JURIDIQUE

Le revenu consolidé d'une multinationale provient d'opérations qui se produisent dans plusieurs pays à travers le monde. La question se pose alors de savoir quelle part de ce revenu doit être imposée dans quel pays. Afin de répondre à cette question, plusieurs pays, dont le Canada, se sont entendus au sein de l'OCDE pour appliquer le principe de pleine concurrence.

En bref, ce principe donne à un État le pouvoir de redresser les bénéfices et l'impôt d'une entreprise lorsque cette dernière est liée par des conditions qui diffèrent de celles qui auraient été convenues entre des entreprises indépendantes. Son texte se trouve actuellement dans le premier paragraphe de l'article 9 du *Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune*¹². Ce paragraphe se lit comme suit :

« 1. Lorsque

a) une entreprise d'un État contractant participe directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital d'une entreprise de l'autre État contractant, ou que

b) les mêmes personnes participent directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital d'une entreprise d'un État contractant et d'une entreprise de l'autre État contractant,

et que, dans l'un et l'autre cas, les deux entreprises sont, dans leurs relations commerciales ou financières, liées par des conditions convenues ou imposées, qui diffèrent de celles qui seraient convenues entre des entreprises indépendantes, les bénéfices qui, sans ces conditions, auraient été réalisés par l'une des entreprises mais n'ont pu l'être en fait à cause de ces conditions, peuvent être inclus dans les bénéfices de cette entreprise et imposés en conséquence¹³. »

Le principe de pleine concurrence n'a pas beaucoup changé depuis son apparition et, aujourd'hui, dans le domaine du prix de transfert, il semble

¹² ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune, Version abrégée*, Paris, 2008, art. 9 (ci-après « Modèle de Convention de l'OCDE »).

¹³ Pour interpréter cette phrase, des règles complexes ont été élaborées dans ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Prix de transfert et entreprises multinationales*, Paris, 1979 et ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*, Paris, 1995 et 2001 (ci-après « Principes de l'OCDE »).

omniprésent dans les relations fiscales entre les États. Sa naissance remonte au *Projet de convention de double imposition concernant le revenu et la fortune* de 1963. Il a été légèrement modifié dans le *Modèle de convention de double imposition concernant le revenu et la fortune* de 1977¹⁴. Aucun autre changement n'a suivi, ni dans le *Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune* de 2005¹⁵, ni dans celui de 2008¹⁶. Ce principe a été inclus sous une forme ou sous une autre, dans toutes les conventions fiscales qui étaient en vigueur au Canada le 24 novembre 2008¹⁷. La convention fiscale qui a

¹⁴ La Société des Nations a entrepris des travaux afin d'alléger les doubles impositions dès la fin de 1920 (SOCIÉTÉ DES NATIONS, *Double Taxation and Tax Evasion, Report presented by the Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion*, Publications of the League of Nations, II Economic and Financial, 1927. II. 40, p. 5). Ces travaux ont par la suite abouti à l'établissement de plusieurs modèles de conventions fiscales, dont celui de Genève (SOCIÉTÉ DES NATIONS, *Double Taxation and Tax Evasion, Report presented by the General Meeting of Government Experts on Double Taxation and Tax Evasion*, Publications of the League of Nations, II Economic and Financial, 1928. II. 49), celui de Mexico (SOCIÉTÉ DES NATIONS, *Draft Model Bilateral Convention for the Prevention of the Double Taxation of Income*, 1943) et celui de Londres (SOCIÉTÉ DES NATIONS, *Draft Model Bilateral Convention for the Prevention of the Double Taxation of Income and Property*, 1946). Le Conseil de l'Organisation européenne de coopération économique (ci-après « OEEC ») a adopté sa première recommandation concernant la double imposition le 25 février 1955 et elle a amorcé en 1956 des travaux qui allaient constituer le fondement des modèles de conventions fiscales modernes. En septembre 1961, l'OEEC a été remplacée par l'OCDE (ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *L'Organisation Européenne de Coopération Économique*, (en ligne : http://www.oecd.org/document/48/0,2340,fr_2649_201185_1876917_1_1_1_1,00.html), mais ces travaux ont finalement abouti en 1963 à un rapport final intitulé « *Projet de convention de double imposition concernant le revenu et la fortune* » (ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune, Volume I*, Paris, 2000, pp. I-2 et I-3).

¹⁵ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Model Tax Convention on Income and on Capital, Condensed Version*, Paris, 2005.

¹⁶ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Model Tax Convention on Income and on Capital, Condensed Version*, Paris, 2008.

¹⁷ La vérification a été faite en examinant chacune des conventions qui figurent sur le portail de Finances Canada à l'adresse suivante : http://www.fin.gc.ca/treaties-conventions/in_force--eng.asp.

été signée entre le Canada et la Suisse en 1976¹⁸ (qui n'a pas changé dans la convention fiscale qui a été signée en 1997¹⁹) ne fait pas exception.

Le principe de pleine concurrence n'est cependant pas à l'origine des premières dispositions de prix de transfert au Canada. Il existait des dispositions de prix de transfert au Canada bien avant que le principe de pleine concurrence ne voie le jour en 1963 et il a fallu que ces dispositions évoluent quant au fonds et quant à la forme pour qu'elles puissent finalement devenir conformes à ce principe. Il s'agit là d'un fait qui aurait pu être important au moment d'interpréter des textes de lois qui ne sont pas identiques, même s'ils comportent des analogies.

L'article 23 de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*²⁰ a été la première disposition relative au prix de transfert au Canada. Dès 1924, cet article a donné aux autorités fiscales canadiennes le pouvoir de réviser le revenu d'une « corporation » en établissant le « prix raisonnable » auquel un achat de « denrées » aurait dû être inscrit²¹. Cet article ne visait pas expressément les opérations transfrontalières. Cependant, il aurait pu s'y appliquer. La base de comparaison utilisée dans cet article était alors le « cours raisonnable du marché ».

Les opérations transfrontalières d'achat ont été explicitement visées à l'article 23B L.I.G.R., à partir de 1939. Les comparaisons devaient alors se faire en utilisant des paiements semblables. Il était alors question de réviser le revenu d'une « personne » en rajustant un « paiement » versé à un « non-résident »

¹⁸ *Convention entre la Suisse et le Canada tendant à éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, S.C. 1976-77, c. 29, Partie VI. Convention en vigueur le 19 août 1977 (TR/77-249) (ci-après « Convention Canada-Suisse »).

¹⁹ Décret C.P. 1998-1459 du 26 août 1998. (*Gazette du Canada*, Partie II, Vol. 132, N° 20, p. 2761. TR/98-94, 30 septembre 1998.)

²⁰ S.R.C., 1927, c. 97 (ci-après « L.I.G.R. »).

²¹ L'article 23 L.I.G.R. se lisait ainsi :

« Lorsqu'une corporation exerçant des opérations au Canada achète des denrées d'une corporation-mère, filiale ou associée, à un prix excédant le cours raisonnable du marché, ou lorsqu'elle vend des denrées à une pareille corporation à un prix moins élevé que le cours raisonnable du marché, le ministre peut, afin de déterminer le revenu de cette corporation, établir le prix raisonnable auquel cet achat ou cette vente doit être inscrite dans les comptes de cette corporation. » (1924, c. 46, art. 2)

lorsque ce paiement n'était pas conforme à des « paiements semblables »²². En 1948, cet article est devenu, après quelques changements, le paragraphe 17(3) L.I.R.²³

Après les opérations d'achat, les opérations de vente ont ensuite été visées d'une manière spécifique à partir de 1949, avec l'ajout du paragraphe 17(3A) à la *Loi de l'impôt sur le revenu*²⁴. À cette date, les comparaisons se faisaient encore en utilisant des paiements semblables; cependant, cette base de comparaison allait changer trois ans plus tard.

²² L'article 23B est ajouté à la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu* par la *Loi modifiant la Loi de l'impôt de guerre sur le revenu* sanctionnée le 3 juin 1939 :

« Lorsqu'une personne exerçant des opérations au Canada verse à un non-résident à titre de prix, loyer, redevance ou autre paiement pour l'usage d'un bien ou de la reproduction dudit bien, ou pour un droit, un montant qui n'est pas conforme aux paiements semblables effectués par d'autres personnes dans la même catégorie d'opérations, alors le ministre peut, aux fins de déterminer le revenu de cette personne, ajuster ce paiement en conséquence à moins qu'il ne soit convaincu que le payeur et le bénéficiaire ne sont ni associés, ni contrôlés l'un par l'autre, ni régis par les mêmes intérêts. » (1939, c. 46, art. 13)

²³ La *Loi de l'impôt sur le revenu* sanctionnée le 30 juin 1948 remplace l'article 23B par le paragraphe 3 de l'article 17 :

« Lorsqu'un contribuable exerçant des affaires au Canada a versé, ou a convenu de payer, à une personne non résidente avec laquelle il ne traitait pas à distance, à titre de prix, loyer, redevance ou autre paiement pour l'usage ou la reproduction d'un bien, un montant calculé à un taux plus élevé que le taux auquel sont calculés les paiements semblables effectués par d'autres personnes dans le même genre d'affaires, un montant calculé au taux auquel les paiements semblables sont effectués par ces autres personnes est censé, aux fins de calculer le revenu du contribuable provenant de l'entreprise, avoir été le montant payé ou à payer à cet égard. » (1948, c. 52, art. 17)

²⁴ La *Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu et la Loi de l'impôt de guerre sur le revenu* sanctionnée le 10 décembre 1949 ajoute le paragraphe 3A à la *Loi de l'impôt sur le revenu* (après le paragraphe 3 de l'article 17). Ce paragraphe se lisait comme suit :

« Lorsqu'une personne non résidente a payé, ou a convenu de payer, à un contribuable exerçant une entreprise au Canada avec qui elle ne traitait pas à distance, comme prix, loyer, redevance ou autre paiement pour l'usage ou la reproduction d'un bien, un montant calculé à un taux inférieur au taux d'après lequel sont calculés les paiements semblables effectués par d'autres personnes dans le même genre d'entreprise, un montant calculé au taux d'après lequel des paiements semblables sont effectués par ces autres personnes, est censé, aux fins de calculer le revenu du contribuable provenant de l'entreprise, avoir été le montant payé ou à payer à cet égard. » (1949, c. 25, art. 6)

En 1952, le concept de « paiements semblables » est abandonné et est remplacé par le concept de « montant raisonnable »²⁵. Ce n'est pas un changement anodin. Des paiements semblables forcent la comparaison avec des opérations qui ont une réalité historique. Ce n'est pas le cas d'un montant raisonnable qui peut être déterminé d'une manière rationnelle.

En 1971, après quelques changements, les paragraphes 17(3) et 17(4) sont devenus les paragraphes 69(2) et 69(3) L.I.R. Quelques autres changements ont été apportés en 1985, après quoi, au moment du litige (de 1990 à 1993), les paragraphes 69(2) et 69(3) L.I.R. se sont lus comme suit :

« (2) Lorsqu'un contribuable a payé ou est convenu de payer à une personne non-résidente avec qui il avait un lien de dépendance, soit à titre de prix, loyer, redevance ou autre paiement pour un bien ou pour l'usage ou la reproduction d'un bien, soit en contrepartie du transport de marchandises ou de voyageurs ou d'autres services, une somme supérieure au montant qui aurait été raisonnable dans les circonstances si la personne non-résidente et le contribuable n'avaient eu aucun lien de dépendance, ce montant raisonnable est réputé, pour le calcul du revenu du contribuable en vertu de la présente partie, correspondre à la somme ainsi payée ou payable.

(3) Dans le cas où une personne non-résidente n'a ni payé ni convenu de payer à un contribuable avec qui elle avait un lien de dépendance, soit à titre de prix, loyer, redevance ou autre paiement pour un bien ou pour l'usage ou la reproduction d'un bien, soit en contrepartie du transport de marchandises ou de voyageurs ou d'autres services, un montant égal ou supérieur au montant qui aurait été raisonnable dans les circonstances si la personne non-résidente et le contribuable n'avaient eu aucun lien de dépendance, ce montant raisonnable est réputé, pour le calcul du revenu du contribuable en vertu de la présente partie, avoir été reçu ou être à recevoir par le contribuable à cette fin. »

C'est alors que sont survenus, en 1998, les changements les plus importants qui ne se soient jamais produits au Canada dans le domaine du prix de transfert.

²⁵ La *Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu* sanctionnée le 18 juin 1952 remplace le paragraphe 17(3) par le paragraphe suivant :

« Lorsqu'un contribuable exerçant des affaires au Canada a versé, ou s'est engagé à payer, à une personne non résidente avec laquelle il ne traitait pas à distance, à titre de prix, loyer, redevance ou autre paiement pour l'usage ou la reproduction d'un bien, ou à titre de cause ou considération pour le transport de marchandises ou de voyageurs ou pour d'autres services, un montant plus élevé que le montant (ci-après appelé "montant raisonnable") qui aurait été raisonnable dans les circonstances si la personne non résidente et le contribuable avaient traité à distance, le montant raisonnable est censé, aux fins du calcul du revenu du contribuable provenant de l'entreprise, avoir été le montant qui a été payé ou qui est exigible à cet égard. » (1952, c. 29, art. 5)

Les paragraphes 69(2) et 69(3) L.I.R., qui ne comptaient que 225 mots, ont alors été remplacés par l'article 247, qui en comptait 2 383²⁶. Cette réforme a été profonde, parce que la base de comparaison a changé encore une fois, et elle a été étendue, à cause de tous les ajouts. De tous les nouveaux paragraphes qui ont été inclus à l'article 247 L.I.R., le plus fondamental est sans aucun doute le paragraphe 2, qui se lit comme suit :

« (2) Lorsqu'un contribuable ou une société de personnes et une personne non-résidente avec laquelle le contribuable ou la société de personnes, ou un associé de cette dernière, a un lien de dépendance, ou une société de personnes dont la personne non-résidente est un associé, prennent part à une opération ou à une série d'opérations et que, selon le cas :

a) les modalités conclues ou imposées, relativement à l'opération ou à la série, entre des participants à l'opération ou à la série diffèrent de celles qui auraient été conclues entre personnes sans lien de dépendance,

b) les faits suivants se vérifient relativement à l'opération ou à la série :

(i) elle n'aurait pas été conclue entre personnes sans lien de dépendance,

(ii) il est raisonnable de considérer qu'elle n'a pas été principalement conclue pour des objets véritables, si ce n'est l'obtention d'un avantage fiscal,

les montants qui, si ce n'était le présent article et l'article 245, seraient déterminés pour l'application de la présente loi quant au contribuable ou la société de personnes pour une année d'imposition ou un exercice font l'objet d'un redressement de façon qu'ils correspondent à la valeur ou à la nature des montants qui auraient été déterminés si :

c) dans le cas où seul l'alinéa a) s'applique, les modalités conclues ou imposées, relativement à l'opération ou à la série, entre les participants avaient été celles qui auraient été conclues entre personnes sans lien de dépendance;

²⁶ Le nombre de mots dans les anciennes dispositions est compté à partir de la citation des paragraphes 69(2) et 69(3) L.I.R. ci-dessus. Le nombre de mots dans les nouvelles dispositions est compté à partir du texte de l'article 247 qui figure dans le Projet de loi C-28, sanctionné le 18 juin 1998 (Première session, 36^e législature, 46-47 Élisabeth II, 1997-98, Lois du Canada (1998), chap. 19, art. 238). Certaines des dispositions s'appliquaient aux années d'imposition et exercices commençant après 1997. D'autres s'appliquaient aux années d'imposition et exercices commençant après 1998, quoiqu'il y ait eu des exceptions pour les opérations complétées avant le 11 septembre 1997.

d) dans le cas où l'alinéa b) s'applique, l'opération ou la série conclue entre les participants avait été celle qui aurait été conclue entre personnes sans lien de dépendance, selon des modalités qui auraient été conclues entre de telles personnes. »

Comme ce paragraphe le démontre, la base de comparaison canadienne après 1998 (« [les modalités] qui auraient été conclues entre personnes sans lien de dépendance ») est calquée sur celle de l'OCDE au paragraphe 1 de son article 9 du *Projet de convention de double imposition concernant le revenu et la fortune* de 1963 (« [les conditions] qui seraient convenues entre des entreprises indépendantes »)²⁷. Or, en tenant compte des Principes de l'OCDE, qui interprètent les conditions qui seraient convenues entre des entreprises indépendantes en utilisant des opérations comparables, il apparaît que la nouvelle base de comparaison est finalement un retour du balancier vers une base de comparaison voisine des paiements semblables qui étaient utilisés avant 1952. Cette analyse comparative sera reprise un peu plus en détail ci-dessous, lorsqu'il sera question de l'interprétation du paragraphe 69(2) L.I.R.

Du point de vue de la jurisprudence, aucune autre décision, avant l'affaire *GSK*, ne pouvait être considérée comme étant une véritable décision de prix de transfert. Dans l'affaire *Indalex Limited c. La Reine*²⁸ entendue par la section de première instance de la Cour fédérale, puis par la Cour d'appel fédérale, il était possible de trouver une problématique de prix de transfert, mais il s'agissait quand même de l'appropriation indue d'un escompte par une société sœur. Dans l'affaire *Safety Boss Limited c. La Reine*²⁹ entendue par la Cour canadienne de l'impôt, il était également possible de trouver une problématique de prix de transfert, mais il s'agissait quand même d'honoraires et d'un bonus qui avaient été consentis à un président. Aucune de ces deux causes n'était une véritable cause de prix de transfert, dans son sens le plus naturel, parce qu'aucune ne se prononçait sur le choix d'une méthode de prix de transfert ou sur le choix d'opérations comparables. En outre, aucune de ces deux causes n'a eu de conséquences financières considérables.

1.3. LES FAITS

GSKI est une société résidente du Canada et elle est une filiale de Glaxo Group Ltd., une société résidente du Royaume-Uni (voir l'organigramme

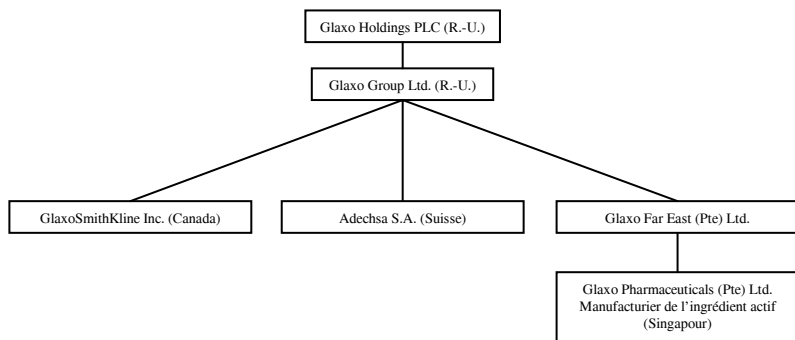
²⁷ Quoique le principe de pleine concurrence ait été légèrement modifié en 1977, ces mots n'ont pas changé depuis 1963.

²⁸ 86 D.T.C. 6039 (C.F. 1^{re} inst.), 88 D.T.C. 6053 (C.A.F.).

²⁹ 2000 D.T.C. 1767 (C.C.I.).

présenté à la figure 1 ci-dessous). GSKI fabrique, emballe et distribue des médicaments au Canada. Parmi ces médicaments se trouve le Zantac, qui utilise comme matière première un ingrédient actif fabriqué à l'étranger (le chlorhydrate de ranitidine).

Figure 1 : Organigramme partiel des sociétés



Source : Annexe III du jugement et commentaires d'un participant au séminaire technique organisé par l'Association canadienne d'études fiscales, « Réalité commerciale, contrats à long-terme et opérations entre personnes liées : les leçons de GSK », le jeudi 5 février 2009.

Durant la période pertinente, GSKI a acheté son chlorhydrate de ranitidine auprès d'Adechsa S.A., une société résidente de la Suisse, qui elle-même l'avait acheté de Glaxo Pharmaceuticals (Pte) Ltd., une société résidente de Singapour³⁰. De 1990 à 1993, la marge brute de GSKI au Canada était alors d'environ 60 %³¹. Outre un contrat d'approvisionnement, GSKI était également liée par un contrat de licence pour l'utilisation des biens incorporels de la multinationale. En vertu de ce contrat, GSKI devait verser une redevance de 6 % de ses ventes nettes³².

Comme le prix de vente à des tiers sans lien de dépendance dans chacun des pays variait d'un pays à l'autre, le prix de vente d'Adechsa S.A. à GSKI pouvait

³⁰ GSK, précité, note 1, par. 12 : « During the period in appeal, the ranitidine purchased by the appellant was manufactured in Singapore and sold to the appellant by Adechsa. »

³¹ *Id.*, par. 13, où il est indiqué ceci : « Glaxo Canada was earning gross profits of around 57 percent. » Au paragraphe 146, il est indiqué que « Glaxo Canada's gross margin for the period [1990 to 1993] was 61.7 percent. »

³² *Id.*, par. 14 à 16.

être différent du prix de vente d'Adechsa S.A. à un autre distributeur national, dans un autre pays³³.

Depuis longtemps, au Canada, le pouvoir monopolistique des brevets pharmaceutiques est limité de diverses manières. En particulier, de 1923 à 1993, une certaine concurrence a voulu être introduite au moyen de « licences obligatoires »³⁴. Quoique ces licences obligatoires aient été abolies en 1993, c'est quand même grâce à elles que les fabricants de médicaments génériques ont pu faire concurrence à GSKI de 1990 à 1993 en échange d'une redevance de 4 % de leurs ventes nettes³⁵. Parallèlement, à compter de 1987, un *Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés* a été constitué, entre autres, pour remédier aux prix excessifs que pourraient vouloir établir certains monopolistes³⁶. En général, ces limites n'ont pu que réduire les prix de vente monopolistiques des médicaments brevetés au Canada³⁷, incluant les prix de vente exigés par GSKI en contrepartie du Zantac.

1.4. OBJECTIFS FISCAUX DE LA MULTINATIONALE

Le premier objectif fiscal de la multinationale Glaxo était de maximiser la rentabilité de l'entité résidant à Singapour. À cause d'un régime d'incitation fiscale offert à Singapour, l'impôt sur le revenu y a été nul pendant 10 ans à compter de 1982. À l'expiration de ces 10 années, l'impôt sur le revenu y a été de 10 % du revenu. Par la suite, ce revenu gagné à Singapour pouvait être rapatrié au Royaume-Uni, ce qui était avantageux parce que ce dernier pays diminuait son taux d'impôt du taux singapourien régulier, sans tenir compte du

³³ *Id.*, par. 12.

³⁴ De 1923 à 1969, le paragraphe 41(3) de la *Loi sur les brevets* (L.R.C., 1985, c. P-4 et mod.) a instauré un régime de licences obligatoires pour fabriquer des médicaments ou de la nourriture au Canada. Pendant cette période, le taux de redevance exigé a été de 15 % dans la plupart des cas. Par la suite, de 1969 à 1993, le paragraphe 41(3) a été modifié et il est devenu le paragraphe 41(4). L'importation a alors été visée par le régime des licences obligatoires autant que la fabrication. Pendant cette dernière période, le taux de redevance exigé a été de 4 %. Voir Paul K. GORECKI, *Regulating the Price of Prescription Drugs in Canada: Compulsory Licensing, Product Selection, and Government Reimbursement Programmes*, Ottawa, Conseil économique du Canada, 1981, pp. 31-33 et 44.

³⁵ GSK, précité, note 1, par. 19.

³⁶ *Loi sur les brevets*, précité, note 34.

³⁷ Harry C. EASTMAN, « Pharmaceutical Price Review in Canada », (1994), vol. 5, n° 4 *PharmacoEconomic* 278-285. Wayne CRITCHLEY, « Meet the Manager », (2003), *Provincial Reimbursement Advisor*, p. 45.

fait que l'impôt à Singapour avait été éliminé ou réduit³⁸. Cet objectif se mariait bien avec celui de réduire au minimum la redevance payée par GSKI (donc son impôt de la Partie XIII L.I.R.)³⁹.

1.5. LITIGE PRINCIPAL

À la suite d'une vérification de prix de transfert, le ministre du Revenu national a envoyé à GSKI des nouvelles cotisations pour les années 1990, 1991, 1992 et 1993. Selon les autorités fiscales, durant ces années, GSKI a convenu de payer à Adechsa S.A. (une personne non résidente avec qui elle avait un lien de dépendance), à titre de paiement pour le chlorhydrate de ranitidine, une somme supérieure au montant qui aurait été raisonnable dans les circonstances si GSKI et Adechsa S.A. n'avaient eu aucun lien de dépendance. En conséquence, le paragraphe 69(2) L.I.R. a été appliqué pour calculer le revenu de GSKI comme si la somme payée avait correspondu à ce montant raisonnable. Cela a été permis grâce au principe de pleine concurrence (au paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention Canada-Suisse. En outre, en vertu du paragraphe 56(2) L.I.R., le paiement ou transfert fait par GSKI (qui a payé trop cher en suivant les instructions de Glaxo) a été inclus dans le revenu de Glaxo et a été imposable en vertu de l'alinéa 214(3)a) L.I.R. Dans les circonstances, un impôt de 5 % du revenu manquant a été ajouté en vertu des articles 212 et 215 L.I.R. et des articles 9 et 10 de la Convention Canada-Suisse.

Les enjeux de cette cause sont considérables si on en juge par le tableau 1, qui résume les prix utilisés par le ministre du Revenu national. À partir de ce tableau, on pourrait croire que le montant raisonnable devrait être calculé en utilisant un prix de l'ordre de 194 \$ à 304 \$ le kilogramme pour le chlorhydrate de ranitidine. Comme le prix utilisé par GSKI était de l'ordre de 1 512 \$ à 1 651 \$ le kilogramme, le redressement de revenu pouvait atteindre de 1 208 \$ à 1 457 \$ le kilogramme.

³⁸ GSK, précité, note 1, par. 13, 166 et 174.

³⁹ *Id.*, par. 77.

Tableau 1 : Prix de l'ingrédient actif

Année d'imposition	Prix payé GlaxoSmithKline (dollars par kilogramme)	Prix payé Sociétés de produits génériques (dollars par kilogramme)
1990	1 512	292 à 304
1991	1 575	244 à 289
1992	1 635	220 à 253
1993	1 651	194 à 248

Dans la cause en litige, GSKI en a appelé devant la Cour canadienne de l'impôt pour être libérée de ses nouvelles cotisations relativement aux années 1990, 1991, 1992 et 1993. Selon GSKI, les prix payés à Adechsa S.A. sont raisonnables et les prix payés par les sociétés de produits génériques ne sont tout simplement pas comparables aux siens.

2. POSITION DES PARTIES ET JUGEMENT

Le ministre du Revenu national a utilisé la méthode du prix comparable sur le marché libre. Il a corroboré cette méthode en utilisant la méthode du prix de revient majoré. GSKI a également utilisé la méthode du prix comparable sur le marché libre. Cependant, les comparables qu'elle a utilisés sont différents. GSKI a corroboré ses résultats en utilisant la méthode du prix de revente et la méthode transactionnelle de la marge nette.

Selon le juge de la Cour canadienne de l'impôt, il existait trois différences clés entre les parties. Ces différences portaient sur l'analyse distincte ou conjointe des contrats d'approvisionnement et des contrats de licence; sur la signification de l'expression « raisonnable dans les circonstances »; et sur l'incidence des différences dans les bonnes pratiques de fabrication (*good manufacturing practices* (ci-après « GMP »)) et des normes en matière de santé,

sécurité et environnement (*health, safety and environmental standards* (ci-après « HSE »)) sur la comparabilité de la série de prix proposée par le ministre⁴⁰.

La section 2 résume la décision *GSK*. Un lecteur qui a pris connaissance du jugement peut passer directement à la section 3 sans inconvénient.

2.1. MÉTHODE DU PRIX COMPARABLE SUR LE MARCHÉ LIBRE

La méthode du prix comparable sur le marché libre consiste à utiliser les prix payés entre des personnes sans lien de dépendance pour établir les prix de pleine concurrence. Deux séries de prix comparables ont été présentées au juge. La série du ministre est présentée dans la colonne de droite du tableau 1. Elle laisse croire que les prix payés par *GSKI* sont considérablement plus élevés que les prix de pleine concurrence. Cette série est basée sur des ventes de chlorhydrate de ranitidine aux sociétés *Apotex* et *Novopharm*, qui vendent des médicaments génériques⁴¹. *GSKI*, pour sa part, a utilisé à titre de comparables des prix établis entre la multinationale *Glaxo* et des distributeurs sans lien de dépendance en France, en Autriche, en Allemagne, en Grèce, en Espagne et au Portugal. Ces prix variaient entre 962 \$ et 2 642 \$⁴².

Selon *GSKI*, les prix de la série proposée par le ministre n'étaient pas comparables aux prix qu'elle avait payés, et ils n'étaient donc pas utilisables, parce que, premièrement, les circonstances d'affaires étaient différentes de celles des sociétés génériques et que, deuxièmement, l'ingrédient actif qu'elle achetait était granulé et fabriqué en utilisant un processus de fabrication exclusif⁴³. Par ailleurs, toujours selon elle, sa propre série de prix était la meilleure, parce que les achats étaient faits dans les mêmes circonstances et qu'ils portaient sur le même produit⁴⁴.

⁴⁰ *Id.*, par. 70 :

« There are three key differences among the parties. These are (1) whether the Supply Agreement and the Licence Agreement should be considered together to determine a reasonable transfer price; (2) the meaning of the phrase “reasonable in the circumstances” in subsection 69(2) of the Act, and (3) the impact of the differences in GMPs and HSEs on the comparability of the ranitidine purchased by the appellant with that purchased by the generic companies. »

⁴¹ *Id.*, par. 67.

⁴² *Id.*, par. 54, 69 et 132.

⁴³ *Id.*, par. 68.

⁴⁴ *Id.*, par. 69 et 132.

Le juge a rapidement rejeté la série de prix proposée par GSKI parce que, d'une part, un prix au Canada ne peut pas être comparé à un prix en Europe⁴⁵, et parce que, d'autre part, la série de prix proposée par GSKI ne tient pas compte des différents escomptes, allocations ou autres bénéfices qui ont pu être consentis aux acheteurs⁴⁶. D'autres déficiences relativement à cette série de prix ont également été rapidement évoquées⁴⁷. Le juge a cependant examiné assez longuement l'argument de GSKI selon lequel la série de prix présentée par le ministre n'aurait pas été appropriée à cause de circonstances d'affaires différentes et à cause d'un processus de fabrication exclusif.

Au sujet des circonstances d'affaires différentes, le juge a d'abord examiné la question de la division des contrats d'approvisionnement et de licence.

Sur des ventes de 100 \$, GSKI gardait approximativement 60 \$ alors qu'elle payait environ 40 \$ à d'autres entités de Glaxo. Selon GSKI, ce partage était défendable à condition de considérer comme un tout les contrats d'approvisionnement et de licence. Selon elle, ce sont ces 40 \$ pour chaque tranche de 100 \$ de ventes qui importaient à l'actionnaire. La répartition de cette somme entre un paiement pour du chlorhydrate de ranitidine ou pour une licence lui importait peu⁴⁸, d'où la position de GSKI qu'il fallait considérer ensemble les contrats d'approvisionnement et de licence.

Cette position a été rejetée par le juge. D'une part, il l'a fait en citant, entre autres, la décision rendue dans l'affaire *Singleton c. Canada*⁴⁹ pour établir qu'il faut considérer les opérations en question comme des opérations distinctes. D'autre part, il l'a fait en soulignant les intérêts de la multinationale comme en témoigne cet extrait :

« Royalty payments in Canada are subject to withholding tax and the profit will accrue to Glaxo Group and be taxed in the United Kingdom. The purchase price for ranitidine is not subject to any withholding tax and the profit accrues in Switzerland, and ultimately in Singapore. To suggest that Glaxo Group does not care whether its

⁴⁵ *Id.*, par. 55 et 134 à 137. Le critère de la comparabilité géographique était rempli pour la série de prix utilisée par le ministre parce que ces prix étaient propres au marché canadien (par. 121).

⁴⁶ *Id.*, par. 58, 134 et 142.

⁴⁷ *Id.*, par. 133, 134, 141 et 142.

⁴⁸ *Id.*, par. 76.

⁴⁹ *Id.*, par. 78; 2001 CSC 61.

profits are in the form of royalty payments or purchase price belittles the issue in these appeals⁵⁰. »

Il semblait logique que GSKI ait payé le prix le plus élevé possible pour son ingrédient actif et le prix le plus bas possible pour la redevance. Il n'y avait pas d'impôt de la Partie XIII L.I.R. sur les paiements pour acheter de l'ingrédient actif, mais il y en avait sur les paiements de redevances. En outre, il était plus avantageux de réaliser le profit à Singapour plutôt qu'au Royaume-Uni. Tout se passait donc comme si une planification avait existé et il est intéressant d'observer que le juge a refusé d'ignorer qu'une telle planification ait pu exister. En excluant l'idée que Glaxo « does not care », il a en quelque sorte affirmé que Glaxo a déterminé les prix de manière intentionnelle et conformément à un plan. En conséquence, il a refusé d'absoudre Glaxo et a considéré séparément les contrats d'approvisionnement et de licence⁵¹. D'autres arguments ont également été évoqués rapidement. Le plus important met en relief que la question n'est pas de déterminer ce que GSKI peut raisonnablement payer au total⁵².

En bref, le prix des biens incorporels était possiblement insuffisant. Ce fait était aussi possiblement une circonstance d'affaires propre à GSKI et différente des circonstances d'affaires entourant les sociétés de produits génériques. Cependant, selon le juge, cette circonstance n'était pas pertinente à la comparabilité des opérations d'approvisionnement parce que les opérations de licence étaient distinctes des opérations d'approvisionnement et parce que l'insuffisance des redevances faisait partie d'un plan.

Toujours au sujet des circonstances d'affaires différentes, le juge a ensuite abordé la signification des mots « raisonnable dans les circonstances » au paragraphe 69(2) L.I.R. en discutant des analyses qui lui ont été soumises.

⁵⁰ *Id.*, par. 77. Ce paragraphe peut se traduire par le texte suivant :

« Au Canada, les paiements de redevances sont assujettis à une retenue d'impôt et reviendront à Glaxo Group et être imposés au Royaume-Uni. Le prix d'achat de la ranitidine n'est assujetti à aucune retenue d'impôt et le profit échoit en Suisse et ultimement à Singapour. Suggérer que Glaxo Group ne s'intéresse pas à ce que ses profits soient sous la forme de paiements de redevance ou d'un prix d'achat déprécié [ou rabaisse] l'enjeu de ces appels. »

⁵¹ Cette position du juge a conduit à rejeter l'argument de GSKI selon lequel la série de prix du ministère n'était pas comparable, mais elle a également aidé à rejeter la série de comparables présentée par GSKI (*id.*, par. 138 à 140).

⁵² *Id.*, par. 138 et 139.

En bref, selon GSKI, les circonstances pertinentes se retrouvaient dans un vaste ensemble regroupant les ressources, activités, usages, règles et conventions propres à la multinationale Glaxo. En se basant sur une énumération qui inclut quelques éléments appartenant à cet ensemble, GSKI semble avoir défendu que son comportement était raisonnable parce qu'il découlait naturellement de ces éléments⁵³.

Le juge a alors fait ressortir qu'il ne suffit pas de se placer soi-même dans une position particulière pour se rendre différent des autres ou pour se justifier d'utiliser des prix différents⁵⁴. Il a également fait ressortir que GSKI pouvait bien fixer ses prix d'une manière alors que d'autres pouvaient le faire autrement, sans que la comparabilité ne soit touchée et sans que l'explication ne devienne une justification⁵⁵. Finalement, il a fait ressortir que le contrat de licence couvrait tous les biens incorporels. Or, un même bien incorporel considéré une première fois dans un contrat de licence ne pouvait pas être considéré une seconde fois dans un contrat d'approvisionnement pour créer une différence avec des comparables. Un bien incorporel payé n'est plus à payer⁵⁶.

Les « circonstances » n'ont donc pas brisé la comparabilité avec la série de prix présentée par le ministre et elles n'ont donc pas, non plus, rendu « raisonnables » les prix payés par GSKI.

Le dernier argument de GSKI n'a pas connu plus de succès. Personne ne peut contester qu'un produit de meilleure qualité puisse se vendre plus cher. Quoique GSKI n'ait pas affirmé directement que l'ingrédient actif qu'elle achetait était supérieur aux autres, elle a néanmoins fait valoir que le processus de fabrication utilisé par la multinationale Glaxo était supérieur à cause de ses bonnes pratiques de fabrication (ou GMP) et de ses normes en matière de santé, sécurité et environnement (ou HSE)⁵⁷. Le juge était alors libre d'en conclure que l'ingrédient actif vendu par Adechsa S.A. n'était pas comparable aux autres ou qu'il leur était supérieur.

⁵³ *Id.*, par. 80.

⁵⁴ *Id.*, par. 86 à 89.

⁵⁵ *Id.*, par. 85 et 90.

⁵⁶ *Id.*, par. 91.

⁵⁷ *Id.*, par. 68 et 101.

Sur cette question, le ministre a pris la position que des différences dans les GMP et les HSE étaient possibles, mais que ces différences n'étaient pas assez importantes pour avoir un effet sur la sécurité ou l'efficacité du médicament et qu'en conséquence elles ne devraient pas avoir d'effet sur le prix de l'ingrédient actif⁵⁸.

Après avoir défini les GMP, établi quelques faits importants, examiné la capacité de détecter les contaminants, énuméré quelques facteurs qui déterminent l'importance des GMP, décrit l'utilité, la nature et le statut des contrôles publics sur les GMP pertinents et discuté des HSE, le juge a finalement rejeté l'idée que les GMP et les HSE puissent empêcher la comparabilité de l'ingrédient actif vendu par Adechsa S.A. avec ceux des manufacturiers de produits génériques. Un processus de fabrication différent ne change pas la nature de la molécule qui est vendue et cette molécule est quand même toujours la même d'un ingrédient actif à l'autre⁵⁹.

Les arguments principaux qui appuient cette décision de la part du juge avaient déjà été présentés dans les premiers paragraphes du jugement. La Direction générale de la protection de la santé à Santé Canada (ci-après « DGPS ») réglementait à l'époque le marché des produits pharmaceutiques sur ordonnance. Ces produits ne pouvaient pas être mis en marché sans son approbation⁶⁰. Or, l'Avis de conformité reçu par les sociétés génériques constituait une preuve de l'équivalence des produits génériques et brevetés, puisque pour émettre cet avis la DGPS devait avoir déterminé que tous ces produits étaient équivalents d'un point de vue pharmaceutiques et qu'ils étaient bioéquivalents (du point de vue de la biodisponibilité)⁶¹. En outre, selon le juge, l'inclusion d'un produit générique sur une liste provinciale, comme la liste de médicaments publiée par la Régie de l'assurance maladie du Québec (ci-après

⁵⁸ *Id.*, par. 93.

⁵⁹ *Id.*, par. 94 à 118.

⁶⁰ *Id.*, par. 17.

⁶¹ *Id.*, par. 21. Selon Termium Plus, la bioéquivalence signifie une biodisponibilité comparable. Termium Plus ne donne pas de définition de biodisponibilité en français, mais il en donne une en anglais : « Bioavailability: the degree to which a drug or other substances becomes available to the target tissue after administration. » En français, le texte ressemblerait à : Biodisponibilité : le degré auquel un médicament ou une autre substance devient disponible à un tissu visé après avoir été administré.

« RAMQ »), signifiait que ce médicament était interchangeable avec le médicament innovant. Un pharmacien pouvait substituer l'un à l'autre⁶².

Sachant que les génériques avaient été approuvés par la DGPS et sachant qu'ils figuraient sur les listes provinciales, les arguments de GSKI n'ont pas attiré la sympathie du juge. De son point de vue, GSKI a été « très agressive » en tentant d'empêcher ou de retarder l'entrée des produits génériques sur le marché. Le juge a notamment observé que toutes les poursuites imaginables pour que les génériques soient retirés du marché ont été intentées alors que leur seul motif était d'empêcher la concurrence⁶³ et que toutes les occasions de laisser entendre que les génériques étaient d'une qualité douteuse ont été saisies⁶⁴. Ce n'aurait d'ailleurs été que pour sauver les apparences que GSKI aurait refusé d'acheter les produits d'ACIC, une société de produits génériques⁶⁵.

Dans ces circonstances, le juge a classé l'affirmation de GSKI, selon laquelle les sociétés de médicaments génériques ne sont pas en concurrence avec elle, comme une « tactique » au même titre que d'autres⁶⁶. Du point de vue du juge, il semble que toute la stratégie de GSKI ait reposé sur des « perceptions » entretenues volontairement par GSKI au moyen de la publicité et d'une équipe de vendeurs particulièrement efficaces⁶⁷. Le chlorhydrate de ranitidine était quand même du chlorhydrate de ranitidine⁶⁸.

Les arguments de GSKI pour rejeter la pertinence de la méthode du prix comparable sur le marché libre n'ont donc pas été retenus. Dès lors, la cause de GSKI était perdue parce que, selon les Principes de l'OCDE, il existait une hiérarchie des méthodes et que la méthode du prix comparable sur le marché libre devait être utilisée de préférence à toute autre méthode, lorsqu'il était possible de le faire⁶⁹. Le juge a donc conclu que le prix raisonnable qu'Adechsa

⁶² *Id.*, par. 24.

⁶³ *Id.*, par. 34.

⁶⁴ *Id.*, par. 35 et 38.

⁶⁵ *Id.*, par. 39 et 40.

⁶⁶ *Id.*, par. 33.

⁶⁷ *Id.*, par. 38.

⁶⁸ *Id.*, par. 126 et 127.

⁶⁹ *Id.* par. 62, 64, 65, 151 et 161.

S.A. aurait dû recevoir s'élevait au plus élevé des prix qui étaient versés aux manufacturiers de produits génériques pour chacune des années plus 25 \$ parce qu'Adechsa S.A. livrait un produit en granule et non les autres. Le juge a précisé que l'excédent n'était pas déductible et il a fourni un exemple pour clarifier les calculs : en supposant que GSKI ait payé 1 300 \$ le kilogramme à Adechsa S.A. et en supposant que le prix le plus élevé qui ait été payé à un manufacturier d'ingrédient actif générique ait été de 380 \$ par kilogramme, GSKI pouvait déduire de son revenu 405 \$ par kilogramme (soit 380 \$ plus 25 \$), mais elle ne pouvait pas déduire la différence de 895 \$ par kilogramme entre le prix de 1 300 \$ et le prix de 405 \$.

2.2. AUTRES MÉTHODES

Le ministre a corroboré ses résultats fondés sur la méthode du prix comparable sur le marché libre en utilisant la méthode du prix de revient majoré⁷⁰. GSKI n'a pas tenté de réfuter la méthode du prix de revient majorée présentée par le ministre⁷¹.

De son côté, GSKI a corroboré sa position en utilisant la méthode du prix de revente et la méthode transactionnelle de la marge nette⁷². Selon la hiérarchie des méthodes, la méthode du prix comparable sur le marché libre est préférée à la méthode du prix de revient majoré et à celle du prix de revente. Ces dernières sont ensuite préférées à la méthode transactionnelle de la marge nette⁷³.

En vertu de la méthode du prix de revente, le point de départ est le prix de vente à des tiers sans lien de dépendance et le prix de l'ingrédient actif est déterminé à rebours en laissant une marge de 60 % à GSKI, le distributeur canadien⁷⁴. Par exemple, à supposer que GSKI (le distributeur canadien) vende un médicament à un pharmacien sans lien de dépendance pour 10 \$, elle se garderait une marge de 60 % du prix de 10 \$ ou 6 \$, ce qui laisserait 40 % de

⁷⁰ *Id.*, par. 67.

⁷¹ *Id.*, par. 160.

⁷² *Id.*, par. 69 et 144.

⁷³ *Id.*, par. 62 et 144.

⁷⁴ Le chiffre de 60 % est une approximation du chiffre de 61,7 %, qui a été déterminé en moyenne sur la période de 1990 à 1993 et qui est mentionné au paragraphe 146 de l'affaire GSK.

10 \$ ou 4 \$ à verser à ses sociétés sœurs⁷⁵. Pour démontrer que sa marge brute répondait au principe de pleine concurrence, GSKI a alors calculé qu'en moyenne, sur la période allant de 1990 à 1993, cette dernière s'établissait à 61,7 % au Canada alors que des marges entre des parties sans lien de dépendance s'établissaient en Europe entre 45,8 % et 82,4 %, avec 9 comparables sur 13 se situant dans une fourchette qui va de 61,5 % à 64,4 %⁷⁶.

Le ministre a présenté plusieurs arguments pour démontrer que les calculs de GSKI ne prouvaient rien. Compte tenu de ces arguments, le juge a tranché, une autre fois, en faveur du ministre. Ces arguments pouvaient être classés en deux catégories : premièrement, le prix de vente à des tiers indépendants pouvait être influencé par la multinationale Glaxo et, deuxièmement, les marges comparables calculées par Glaxo n'étaient pas comparables à celle de GSKI.

Le juge n'a pas fait confiance aux prix de revente entre des tiers indépendants qui lui ont été fournis par GSKI parce que ces prix lui ont semblé sous l'influence de GSKI. Plus précisément, le juge a reconnu que le prix du Zantac n'avait pas été déterminé par le gouvernement canadien. Cependant, en même temps, il a observé que, dans plusieurs pays, le prix de vente à des tiers sans lien de dépendance était parfois fixé par les gouvernements sur la base du coût de l'ingrédient actif ou sur des comparaisons internationales. Il en a alors conclu que la multinationale avait toujours intérêt à fixer les prix les plus élevés possible pour l'ingrédient actif, pour qu'il se répercute sur des prix élevés à la fois dans le pays où cet ingrédient actif est acheté et dans d'autres pays où les gouvernements se fient à des comparaisons internationales⁷⁷. De là, il a retenu l'argument du ministre, selon lequel le raisonnement était circulaire et ne permettait pas d'établir un prix de transfert valable : le prix de l'ingrédient est basé sur le prix de détail et le prix de détail est basé sur le prix de l'ingrédient⁷⁸.

En outre, le juge n'a pas fait confiance aux chiffres présentés par GSKI. Selon le témoin expert du ministre, les marges calculées relativement à des régions géographiques différentes n'étaient pas comparables pour plusieurs

⁷⁵ Le juge donne l'exemple suivant au paragraphe 47 : « To use a very simple example, if the ranitidine product was sold for \$10 in Italy, the transfer price would be \$4; if the ranitidine product was sold for \$20 in France, the transfer price would be \$8. »

⁷⁶ GSK, précité, note 1, par. 146.

⁷⁷ *Id.*, par. 45.

⁷⁸ *Id.*, par. 49.

raisons. Il existait des différences probables dans les fonctions, les risques et la fiscalité d'une région à l'autre⁷⁹. L'exactitude des chiffres pouvait être remise en question⁸⁰. Certains comparables avaient été exclus de l'analyse sans que les raisons de cette exclusion ne soient acceptables⁸¹.

Dans un ultime effort, GSKI a utilisé la méthode transactionnelle de la marge nette pour démontrer que sa marge nette était raisonnable. Cette fois, le juge a rejeté l'analyse parce que tous les comparables avec un ratio de recherche et développement supérieur à 3 % des ventes avaient été écartés. Selon lui, le fait que GSKI ne satisfaisait pas elle-même à ce critère de 3 % des ventes suffisait pour rejeter l'analyse qui lui était présentée⁸².

3. SURPRISES ET BONS COMPARABLES

Compte tenu du contexte juridique décrit ci-dessus, il aurait été légitime de s'attendre à ce que le jugement examine la différence qu'il faut faire entre l'ancien article 69 L.I.R. et le nouvel article 247 L.I.R. Or, le litige n'a pas permis de trouver cette différence. Il est également surprenant que des prix établis dans une situation proche de la concurrence pure et parfaite soient utilisés pour juger de ce que devrait être un prix de monopole. Il faut se rendre à l'évidence, les bons comparables sont souvent rares ou inexistants et le rejet de la méthode du prix comparable sur le marché libre pour adopter la méthode de partage des bénéfices ne réglerait pas ce problème. Le dénouement du litige dans la cause *GSK* ne sera jamais tout à fait objectif, juste et satisfaisant.

3.1. INTERPRÉTATION DU PARAGRAPHE 69(2) L.I.R.

Un des problèmes intéressants dans la cause *GSK* était celui de l'interprétation de l'ancien paragraphe 69(2) L.I.R. et plus particulièrement celui de l'interprétation des mots « montant qui aurait été raisonnable dans les circonstances » parce que la question la plus fondamentale de ce litige était de savoir si oui ou non GSKI avait payé un montant raisonnable dans les circonstances pour obtenir son chlorhydrate de ranitidine. Il n'est donc pas surprenant que le juge ait affirmé que la signification de l'expression « raisonnable dans les circonstances » au paragraphe 69(2) L.I.R. était l'un des

⁷⁹ *Id.*, par. 145, 148 et 150.

⁸⁰ *Id.*, par. 147.

⁸¹ *Id.*, par. 149.

⁸² *Id.*, par. 152 à 156.

trois désaccords clés entre le ministre et GSKI⁸³. Une section a d'ailleurs été réservée à ce désaccord dans le jugement⁸⁴. Ce fut donc une surprise de ne pas pouvoir lire dans la décision rendue dans l'affaire *GSK* une analyse approfondie de la signification des mots « montant qui aurait été raisonnable dans les circonstances ». À l'écart de ce que l'on cherche, la section intitulée « Consideration of subsection 69(2) » traite plutôt de comparabilité : par exemple, de comparabilité économique, de comparabilité des biens, de comparabilité du niveau dans la chaîne qui va du producteur au consommateur. Le point de départ de toutes les parties semble donc avoir été que l'interprétation de l'ancien paragraphe 69(2) L.I.R. devait se faire à partir des Principes de l'OCDE et qu'en fin de compte il ne fallait faire aucune différence entre l'ancien paragraphe 69(2) L.I.R. et le nouveau paragraphe 247(2) L.I.R. Était-ce un bon point de départ?

L'expression « conditions acceptées ou imposées, qui diffèrent de celles qui seraient convenues entre des entreprises indépendantes » au paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention Canada-Suisse⁸⁵ n'est pas définie dans cette convention. Par conséquent, en vertu du paragraphe 2 de l'article 3, il était possible de lui donner le sens que lui attribuait la législation régissant les impôts du Canada, à moins que le contexte n'ait exigé une interprétation différente.

En vertu de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*⁸⁶, aux fins d'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus : a) tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité; b) tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité (art. 31, par. 2). En outre, il faut tenir compte, en même temps que du contexte : a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions; b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité; c) de toute règle pertinente de droit international

⁸³ *Id.*, par. 70.

⁸⁴ *Id.*, par. 79 à 92.

⁸⁵ Précité, note 18.

⁸⁶ La *Convention de Vienne sur le droit des traités* a été conclue le 23 mai 1969. Le Canada y a adhéré le 14 octobre 1970 et il l'a mise en vigueur à compter du 27 janvier 1980. Voir Recueil des traités du Canada 1980/37. Recueil des traités des Nations Unies, Vol. 1155, I-18232 (ci-après « Convention de Vienne »).

applicable dans les relations entre les parties (art. 31, par. 3). Finalement, un terme doit être entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties (art. 31, par. 4).

Le rôle exact des commentaires de l'OCDE pour interpréter une convention fiscale n'est pas toujours facile à cerner⁸⁷. Cependant, en se fondant, entre autres choses, sur l'article 31 de la Convention de Vienne, il existe plus d'une raison de croire que l'expression « conditions acceptées ou imposées, qui diffèrent de celles qui seraient convenues entre des entreprises indépendantes » dans la Convention Canada-Suisse puisse être interprétée en utilisant les commentaires de l'OCDE. Cela signifie-t-il que les commentaires de l'OCDE peuvent être utilisés pour interpréter le paragraphe 69(2) L.I.R.?

Dans la décision rendue dans l'affaire *GSK*, la Cour canadienne de l'impôt a donné à cette question une réponse claire et affirmative. Trois raisons sont invoquées à cette fin : premièrement, le paragraphe 69(2) L.I.R. serait « analogue » au paragraphe 1 de l'article 9 du Modèle de Convention de l'OCDE; deuxièmement, les Principes de l'OCDE auraient été utilisés par l'ARC pour interpréter le paragraphe 69(2) L.I.R. dans sa *Circulaire d'information* 87-2⁸⁸; et, troisièmement, dans la décision rendue dans l'affaire *SmithKline Beecham Animal Health Inc. c. La Reine*⁸⁹, la Cour d'appel fédérale aurait affirmé que les commentaires de l'OCDE devraient nous éclairer quant à l'interprétation et à l'application de l'article 69 L.I.R.⁹⁰

Pour ce qui concerne la décision rendue dans l'affaire *SmithKline*, d'une part, il est bon de rappeler qu'elle ne portait pas sur l'utilité des Principes de l'OCDE pour interpréter le paragraphe 69(2) L.I.R., mais sur un interrogatoire

⁸⁷ David A. WARD et autres, *The Interpretation of Income Tax Treaties with Particular Reference to the Commentaries on the OECD Model*, Kingston, International Fiscal Association, Amsterdam, IBFD, 2005, où il est écrit à la page 4 ce qui suit :

« The question has often been raised: what is the proper role of the Commentaries in the process of interpreting tax treaties? [...] because there does not seem to be a consensus on the legal role that the commentaries can play in the interpretive process, it appeared appropriate to the authors to consider this important subject again. »

⁸⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 87-2, « Fixation du prix des transferts internationaux et autres transactions internationales », 27 février 1987.

⁸⁹ 2002 CAF 229 (ci-après « *SmithKline* »).

⁹⁰ *GSK*, précité, note 1, par. 59.

préalable (*Règles de la Cour canadienne de l'impôt (Procédure générale)*)⁹¹. D'autre part, il semble que dans cette même cause, aussi bien que dans l'affaire *GSK*, le point de départ de toutes les parties ait été que l'interprétation de l'ancien paragraphe 69(2) L.I.R. devait se faire à partir des Principes de l'OCDE. La Cour d'appel fédérale a écrit dans ce contexte : « On semble s'entendre sur le fait que les Principes de l'OCDE éclairent ou devraient servir à éclairer l'interprétation et l'application du paragraphe 69(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* »⁹². » Cette phrase semble prudente et il est possible de la lire sans croire que la Cour d'appel fédérale affirme que le paragraphe 69(2) L.I.R. doit être interprété en utilisant les Principes de l'OCDE.

Dans une certaine mesure, le cœur des dispositions relatives aux prix de transfert est toujours le même, qu'il s'agisse de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, de la Convention Canada-Suisse ou du Modèle de Convention de l'OCDE. En général, deux questions sont posées : premièrement, existe-t-il une forme de dépendance entre les parties à une opération et, deuxièmement, existe-t-il des comparaisons qui laissent entrevoir un déséquilibre entre ce qui est payé et ce qui est reçu? Lorsque la réponse à ces deux questions est affirmative, un redressement de prix de transfert est alors déclenché. Comme le cœur des dispositions de prix de transfert est toujours le même, il est donc légitime de voir une analogie entre les dispositions de prix de transfert en général.

La compréhension de la portée et des limites de cette analogie est cependant importante pour mieux comprendre l'utilité des Principes de l'OCDE dans l'interprétation du paragraphe 69(2) L.I.R. À cette fin, le tableau 2 compare trois textes de loi : le paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention Canada-Suisse, telle qu'elle est mise en œuvre dans la législation canadienne; le texte du paragraphe 247(2) L.I.R., qui contient les règles modernes de prix de transfert au Canada et qui est, à toutes fins utiles, calqué sur le principe de pleine concurrence de l'OCDE; et, troisièmement, le paragraphe 69(2) L.I.R., qui contenait les règles de prix de transfert applicables au moment du litige, soit durant les années d'imposition 1990 à 1993 de *GSKI*.

La première ligne du tableau 2 contient les fragments de textes relatifs à la première question (celle de la dépendance); la deuxième ligne, les fragments relatifs à la deuxième question (celle du déséquilibre entre ce qui est payé et ce qui est reçu); et la troisième ligne, les fragments relatifs au redressement qui est déclenché lorsque la réponse aux deux questions est positive. La comparaison

⁹¹ DORS/90-688a et mod.

⁹² *SmithKline*, précité, note 89, par. 8.

de chacune de ces lignes permet d'établir facilement que les trois textes de loi sont analogues en ce qui a trait au cœur des dispositions de prix de transfert. Dans les trois cas, les deux questions clés sont posées et l'effet d'une réponse positive à ces questions est de même nature.

Tableau 2 : Comparaison des dispositions de prix de transfert

Paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention Canada-Suisse	Texte du paragraphe 247(2) L.I.R. (applicable aux années d'imposition commençant après 1997)	Texte du paragraphe 69(2) L.I.R. (applicable de 1990 à 1993)
1. Lorsque a) une entreprise d'un État contractant participe directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital d'une entreprise de l'autre État contractant, ou que b) les mêmes personnes participent directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital d'une entreprise d'un État contractant et d'une entreprise de l'autre État contractant,	(2) Lorsqu'un contribuable [...] et une personne non-résidente avec laquelle le contribuable [...] a un lien de dépendance [...] prennent part à une opération [...] et que, selon le cas:	(2) Lorsqu'un contribuable a payé ou est convenu de payer à une personne non-résidente avec qui il avait un lien de dépendance,
et que, dans l'un et l'autre cas, les deux entreprises sont, dans leurs relations commerciales ou financières, liées par des <u>conditions</u> convenues ou imposées, qui <u>diffèrent</u> de <u>celles</u> qui seraient convenues entre des entreprises indépendantes,	a) les <u>modalités</u> conclues ou imposées, relativement à l'opération [...] <u>diffèrent</u> de <u>celles</u> qui auraient été conclues entre personnes sans lien de dépendance, [...]	soit à titre de prix [...] pour un bien [...] une <u>somme supérieure</u> au <u>montant qui aurait été raisonnable dans les circonstances</u> si la personne non-résidente et le contribuable n'avaient eu aucun lien de dépendance,

les revenus qui, sans ces conditions, auraient été réalisés par l'une des entreprises mais n'ont pu l'être en fait à cause de ces conditions, peuvent être inclus dans les revenus de cette entreprise et imposés en conséquence. Notre soulignement.	les montants qui [...] seraient déterminés [...] font l'objet d'un redressement de façon qu'ils correspondent à la valeur [...] des montants qui auraient été déterminés si: c) [...] les modalités conclues ou imposées ... entre les participants avaient été celles qui auraient été conclues entre personnes sans lien de dépendance; [...]	ce montant raisonnable est réputé, pour le calcul du revenu du contribuable [...] correspondre à la somme ainsi payée ou payable
---	---	--

Un examen plus minutieux de la question portant sur le déséquilibre entre ce qui est payé et ce qui est reçu (sur la deuxième ligne) laisse cependant voir qu'il existe une limite assez importante à l'analogie entre le paragraphe 69(2) L.I.R. et les deux autres textes.

Le paragraphe 1 de l'article 9 et l'alinéa 247(2)a) L.I.R. sont calqués l'un sur l'autre. Le verbe de la question est le même dans les deux colonnes (« diffèrent »); ce verbe est appliqué aux mêmes objets (parce que le mot « conditions » et le mot « modalités » sont synonymes⁹³); et la base de comparaison est identique, si on ne tient pas compte du fait que la forme de la dépendance n'est pas tout à fait la même (« celles qui seraient convenues entre des entreprises indépendantes » et « celles qui auraient été conclues entre personnes sans lien de dépendance »). Cela conduit à l'observation que le degré d'analogie entre le paragraphe 1 de l'article 9 et l'alinéa 247(2)a) L.I.R. est clairement beaucoup plus grand que celui qui se trouve entre eux et le paragraphe 69(2) L.I.R.

Au paragraphe 69(2) L.I.R., la base de comparaison n'est pas « celles [les conditions] qui seraient convenues entre des entreprises indépendantes » comme dans la Convention Canada- Suisse. La base de comparaison y est plutôt le

⁹³ Louis MÉNARD, *Dictionnaire de la comptabilité et de la gestion financière*, Toronto, ICCA, 1994. Selon le dictionnaire de la comptabilité, les mots « conditions » et « modalités » renvoient tous les deux à « *terms and conditions* » : Stipulations énoncées dans un contrat.

« montant qui aurait été raisonnable dans les circonstances ». Cette différence étant établie, que faut-il en conclure?

On pourrait tout d'abord conclure, comme l'ont possiblement fait les parties dans l'affaire *GSK*, que la différence ne vaut pas la peine d'en parler. Faute de pouvoir trouver une base de comparaison qui corresponde exactement aux mots inscrits au paragraphe 69(2) L.I.R. et qui soit aussi importante et utile que celle qui est fournie dans les Principes de l'OCDE, ceux-ci pourraient alors être utilisés. Cette voie est commode, mais elle n'est pas convaincante pour autant.

Comme le démontre la section 1.2. ci-dessus, intitulée « Contexte juridique », la base de comparaison utilisée en matière de prix de transfert a changé à trois reprises au Canada : de 1924 à 1939, le « cours raisonnable du marché » a été utilisé; de 1939 à 1952, les « paiements semblables effectués par d'autres personnes dans la même catégorie d'opérations » l'ont été⁹⁴, de 1952 à 1998, le montant ou la somme « qui aurait été raisonnable dans les circonstances » l'a été⁹⁵; et, finalement, après 1998, « [les modalités] qui auraient été conclues entre personnes sans lien de dépendance » l'ont été. Dans ce contexte, on ne peut pas tenir pour acquis que tous ces changements ont été faits par le législateur sans raison et que, finalement, la base de comparaison a toujours été la même en dépit du fait que le sens ordinaire des mots a beaucoup changé. Des paiements semblables sont fondés sur des opérations qui se sont produites. Un montant raisonnable est fondé sur la raison. Ce n'est pas la même chose!

La distinction entre le paragraphe 69(2) L.I.R. et le paragraphe 247(2) L.I.R. n'est pas moindre. Comme le révèle la section 1.2. ci-dessus, intitulée « Contexte juridique », les changements de 1998 ne peuvent pas être vus comme étant mineurs. Ces changements ont amené une réforme de grande envergure au cours de laquelle le Canada s'est parfaitement aligné sur le principe de pleine concurrence. *A contrario*, c'est la preuve que le paragraphe 69(2) L.I.R. n'était

⁹⁴ Dans les différentes lois fiscales, les mots anglais sont les mêmes de 1939 à 1952 : « *same kind of business* ». Cette cohérence parfaite ne se retrouve pas en français, quoique le sens reste le même. De 1939 à 1948, les mots français sont « dans la même catégorie d'opérations »; en 1948, les mots français sont « dans le même genre d'affaires »; et, finalement, de 1949 à 1952, ils sont « dans le même genre d'entreprise ».

⁹⁵ Les mots anglais sont toujours les mêmes de 1952 à 1998 : « *reasonable amount* ». De 1952 à 1971, les mots français sont : « montant raisonnable », mais de 1971 à 1998, les mots français sont : « somme raisonnable ». Encore une fois, le sens reste le même.

pas tout à fait aligné sur ce principe, parce que, s'il l'avait été, il n'aurait pas été nécessaire de changer la base de comparaison.

On pourrait alors se demander si l'interprétation ambulatoire ne réglerait pas la difficulté. À cette interrogation, on en vient cependant à répondre par la négative. Pour contrecarrer l'arrêt *La Reine c. Melford Developments Inc.*⁹⁶ le parlement du Canada a établi la *Loi sur l'interprétation des conventions en matière d'impôts sur le revenu*⁹⁷. En conséquence de cette loi, de 1990 à 1993 (les années d'imposition pertinentes au litige), l'interprétation des traités devait donc être ambulatoire au Canada. La question est alors : cette loi peut-elle s'appliquer utilement à l'interprétation des mots « montant qui aurait été raisonnable dans les circonstances » au paragraphe 69(2) L.I.R.?

L'événement clé, dans l'arrêt *Melford*, est que le mot « intérêt » avait été redéfini à l'intérieur de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Or, un tel événement ne s'est pas produit relativement à l'ancien paragraphe 69(2) L.I.R. Les mots « montant qui aurait été raisonnable dans les circonstances » n'ont jamais été définis ni redéfinis dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ni dans aucune autre loi du Canada qui soit pertinente par ailleurs. En outre, la question fondamentale n'est pas dans le cas présent d'interpréter un traité, mais d'interpréter la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il est alors difficile d'échapper à la conclusion que la *Loi sur l'interprétation des conventions en matière d'impôts sur le revenu* ne peut pas servir à justifier l'utilisation des Principes de l'OCDE pour interpréter le paragraphe 69(2) L.I.R.

L'ancien paragraphe 69(2) L.I.R. utilisait des mots différents de la Convention Canada-Suisse. Ces mots désignaient alors une base de comparaison différente de celle qui est née de manière subséquente avec le principe de pleine concurrence. Cela signifie qu'il a existé, pendant un certain temps, une incohérence entre la *Loi de l'impôt sur le revenu* et la Convention Canada-Suisse (tout comme avec le Modèle de Convention de l'OCDE). Cette incohérence ne semblait probablement pas inquiétante. Elle l'aurait été si le ministre du Revenu national avait été dans l'obligation d'augmenter le revenu

⁹⁶ [1982] 2 R.C.S. 504 (ci-après « *Melford* »).

⁹⁷ L.R.C. 1985, c. I-4 et mod., qui est applicable aux années d'imposition se terminant après le 23 juin 1983. L'OCDE a pris la même position à partir du 21 septembre 1995 en modifiant le paragraphe 2 de l'article 3 de son Modèle de Convention. Voir ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *op. cit.*, note 14, p. M-9.

d'une société canadienne sans pouvoir le faire en vertu d'une convention fiscale, mais cette situation semblait tout à fait improbable.

Cette idée d'un retard dans l'adaptation de la législation canadienne est illustrée par le fait que le premier chapitre des Principes de l'OCDE montre clairement que cet ouvrage n'est ni plus ni moins qu'un guide pour l'application du principe de pleine concurrence. Or, évidemment, ce guide n'évoque nulle part les mots « montant qui aurait été raisonnable dans les circonstances ». De toute évidence, la base de comparaison fondée sur la raison n'est pas un sujet qui intéresse les Principes de l'OCDE. Il est donc difficile de voir pourquoi les Principes de l'OCDE pourraient être utiles pour interpréter l'ancien paragraphe 69(2) L.I.R.

Il est vrai que les Principes de l'OCDE ont été utilisés par l'ARC dans la *Circulaire d'information* 87-2, qui s'est appliquée du 27 février 1987 au 27 février 1999, donc pendant que les paragraphes 69(2) et 69(3) L.I.R. étaient en vigueur, et notamment de 1990 à 1993, qui sont les années d'imposition en litige. Plus précisément, cette circulaire se référait directement au texte de l'OCDE publié en 1979⁹⁸ et elle contenait quatre fois le nom de l'OCDE. Il s'agit là d'un fait incontestable. Cela ne signifie pourtant pas que le paragraphe 69(2) L.I.R. s'alignait très bien sur ces principes, mais plutôt que l'ARC, elle, le faisait. Il faut garder à l'esprit que la *Circulaire d'information* 87-2 n'était rien de plus qu'une description de « l'optique dans laquelle le ministre envisage[ait] le traitement fiscal de la fixation des prix des transferts internationaux »⁹⁹. Il ne s'agissait pas de la loi. Or, ce n'est qu'en 1998 que la *Loi de l'impôt sur le revenu* s'est alignée sur les Principes de l'OCDE et pas avant. D'ailleurs, à la suite de cet alignement, le 27 février 1999, la *Circulaire d'information* 87-2R a remplacé la *Circulaire d'information* 87-2 et l'influence de l'OCDE sur le « point de vue » du ministre a atteint son apogée¹⁰⁰. La *Circulaire d'information* 87-2R se réfère directement au texte de l'OCDE publié en 1995 et le nom de l'OCDE y est mentionné 30 fois.

En résumé, il n'allait pas de soi qu'il eut fallu interpréter le paragraphe 69(2) L.I.R. en utilisant les Principes de l'OCDE et le problème de l'interprétation du paragraphe 69(2) sans utiliser les Principes de l'OCDE se

⁹⁸ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Prix de transfert et entreprises multinationales*, op. cit., note 13.

⁹⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, op. cit., note 88, par. 1.

¹⁰⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 87-2R, « Prix de transfert international », 27 septembre 1999, par. 3 et 8.

posait, même si les parties ne l'ont pas fait. À cette fin, plusieurs voies auraient pu être envisagées. Cependant, dans tous les cas, il aurait probablement fallu donner beaucoup d'importance à trois observations. Premièrement, l'objet et le but du paragraphe 69(2) L.I.R. étaient de sanctionner une société qui se serait engagée dans une opération qui allait à l'encontre de ses propres intérêts. Deuxièmement, le sens ordinaire du mot « raisonnable » en appelait à la raison. Troisièmement, le sens ordinaire du mot « circonstances » en appelait à des particularités qui pouvaient conditionner cette raison¹⁰¹.

À partir de ces trois observations, deux catégories de questions auraient probablement été pertinentes. D'une part, les questions ayant trait à l'objet et au but du paragraphe 69(2) L.I.R. auraient formé la première catégorie de questions. Par exemple, GSKI a-t-elle agi à l'encontre de ses propres intérêts? Était-elle moins rentable qu'une autre dans la même industrie? Était-elle moins rentable que les sociétés de produits génériques qui achètent leur ingrédient actif moins cher? D'autre part, les questions concernant la raison et les particularités qui pourraient la conditionner auraient formé la seconde catégorie de questions. Par exemple, GSKI était-elle rationnelle lorsqu'elle a acheté du chlorhydrate de ranitidine à 1 600 \$ le kilogramme en sachant que cet achat lui permettait de vendre du Zantac à un prix beaucoup plus élevé que le prix des produits génériques? Une personne d'affaires rationnelle et éclairée aurait-elle pris cette décision d'achat compte tenu du prix de vente du Zantac?

3.2. INTERPRÉTATION DU PARAGRAPHE 1.30 DES PRINCIPES DE L'OCDE

L'utilisation des Principes de l'OCDE pour interpréter le paragraphe 69(2) L.I.R. n'explique pas la victoire du ministre du Revenu national dans la décision GSK. Ce qui l'explique est plutôt l'interprétation qui a été faite du paragraphe 1.30 des Principes de l'OCDE lorsque le juge a décidé que les opérations présentées par le ministre étaient comparables aux opérations qui se sont produites entre GSKI et Adechsa S.A.¹⁰² Sans cette interprétation, la méthode du prix comparable sur le marché libre aurait été rejetée.

L'importance du paragraphe 1.30 des Principes de l'OCDE est révélée par la place qu'il y occupe : Chapitre I (Le Principe de pleine concurrence), section C (Guide pour l'application du principe de pleine concurrence),

¹⁰¹ *Le Grand Robert de la langue française, version électronique*, Paris, Le Robert et Bureau van Dijk, 2008.

¹⁰² GSK, précité, note 1, par. 120 à 125.

sous-section b (Les déterminants de la comparabilité), point 4 (Situations économiques). Le paragraphe 1.30 se lit comme suit :

« Les prix de pleine concurrence peuvent varier selon les marchés, même pour des transactions portant sur un même bien ou service ; par conséquent, pour pouvoir faire des comparaisons, il faut que les marchés sur lesquels opèrent les entreprises associées et les entreprises indépendantes soient comparables et que leurs différences n'aient pas d'effet sensible sur les prix (ou que les correctifs valables puissent être apportés)¹⁰³. »

Le mot « marché » a plusieurs sens, dont au moins trois sont pertinents pour comprendre ce paragraphe des Principes de l'OCDE. Le premier, que l'on retrouve dans le langage commun, consiste à faire d'un marché un lieu où s'effectuent des transactions commerciales¹⁰⁴. Dans ce lieu, un certain nombre de vendeurs et d'acheteurs se retrouvent pour échanger de nombreux biens. Certains de ces biens sont comparables entre eux, mais d'autres ne le sont pas. Le second, propre au marketing, consiste à faire d'un marché un rassemblement d'acheteurs. Ces acheteurs peuvent alors être considérés sans faire de distinction (il s'agit de l'approche du marketing de masse) ou ils peuvent être divisés en segments (il s'agit de l'approche de la segmentation de marché)¹⁰⁵. Finalement, dans le langage des économistes, un marché se définit par un processus. Dans ce sens, un marché n'est pas un lieu ou un regroupement d'acheteurs, mais une interaction entre des acheteurs et des vendeurs. Le résultat de cette interaction est alors de faire converger les prix d'un bien « facilement » et « rapidement » vers l'égalité. Cette convergence naturelle est connue sous le nom de « loi du prix unique »¹⁰⁶.

¹⁰³ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*, op. cit., note 13, par. 1.30.

¹⁰⁴ *Le Grand Robert de la langue française*, op. cit., note 101.

¹⁰⁵ Earl C. MEYER et Patrick M. GRAHAM, « Market Segmentation », dans *Encyclopedia of Business and Finance*, vol. 2, Détroit, Gale, 2006, pp. 487-489, où il est écrit ceci :

« Market segmentation is one of two general approaches to marketing; the other is mass-marketing. In the mass-marketing approach, businesses look at the total market as though all of its parts were the same and market accordingly. In the market-segmentation approach, the total market is viewed as being made up of several smaller segments, each different from the other. »

¹⁰⁶ Winifred B. ROTHENBERG, « Marketplaces », dans *The New Plaggrave Dictionary of Economics*, Palgrave Macmillan, 2008, où il est mentionné ce qui suit :

(à suivre...)

En tenant compte de ces trois perspectives différentes, la comparabilité, telle qu'on la retrouve dans les Principes de l'OCDE, exigerait donc de remplir trois conditions. Premièrement, les différences de lieu ne doivent pas avoir d'effets sensibles sur les prix (ou des correctifs valables doivent pouvoir être apportés). Deuxièmement, les différences entre les groupes d'acheteurs ne doivent pas avoir d'effets sensibles sur les prix (ou des correctifs valables doivent pouvoir être apportés). Troisièmement, les différences de processus ne doivent pas avoir d'effets sensibles sur les prix (ou des correctifs valables doivent pouvoir être apportés).

Comme les ventes pertinentes à la décision *GSK* se font toutes sur le marché canadien, le premier point ne sera pas traité¹⁰⁷. (Encore que si on s'attardait aux différences entre les provinces, fiscales et autres, il faudrait probablement considérer qu'une société qui exerce ses activités davantage dans une province n'est pas parfaitement comparable à une autre qui exerce ses activités davantage dans une autre province. Le raisonnement serait alors identique au raisonnement adopté par le juge pour rejeter les comparables européens.)

Un des experts ayant témoigné pour le ministre du Revenu national a affirmé qu'il n'existe qu'un seul marché pour le chlorhydrate de ranitidine au Canada. Pour en faire la démonstration, il a affirmé que le beurre et la margarine se trouvent sur un seul et unique marché parce qu'ils sont substituables¹⁰⁸. Compte tenu de ce témoignage, le juge a conclu qu'il n'existe au Canada qu'un seul et unique marché pour le chlorhydrate de ranitidine¹⁰⁹. Il a par conséquent

(...suite)

« With the publication of Alfred Marshall's *Principles of Economics* in 1900, economics became the referent social science of markets. [...] he wrote. "Economists understand by the term 'Market' not any particular market-place in which things are bought and sold, but the whole of any region in which buyers and sellers are in such free intercourse with one another that the prices of the same good tend to equality easily and quickly" [Alfred MARSHALL, *Principles of Economics*, 8^e éd., Londres, Macmillan, 1890, p. 324]. Thus, the market is not a place but a process that expands in space and unfolds in time, driven by the pace at which different prices for the same good converge toward a single price. Called the Law of One Price, that convergence is the unintended consequence of arbitrage between buyers seeking cheap markets and sellers seeking dear markets. »

¹⁰⁷ *GSK*, précité, note 1, par. 121.

¹⁰⁸ *Id.*, par. 123.

¹⁰⁹ *Id.*, par. 121 et 125.

admis la validité de la comparaison entre les prix d'achat de GSKI, d'Apotex et de Novopharm. Ce faisant, il a donné une importance prédominante au sens qui est donné au mot « marché » dans le domaine du marketing.

La délimitation d'un marché en utilisant la substituabilité des biens est intéressante pour les stratégies de marketing. Les entreprises de beurre peuvent se voir sur le même marché que celles de margarine et se fixer pour objectif de convaincre ceux qui achètent de la margarine d'acheter du beurre. Cependant, jamais cette perception ne laissera croire aux fabricants de beurre qu'ils doivent vendre leur beurre au même prix que la margarine. Le beurre n'est pas de la margarine et le marché du beurre n'est pas le marché de la margarine même si les deux biens peuvent être substituables! L'exemple du beurre et de la margarine démontre donc le contraire de ce pour quoi il a été invoqué. Il a été invoqué pour démontrer que des biens substituables devraient se vendre au même prix alors qu'il démontre plutôt qu'en général des biens substituables se vendent à des prix différents. Contre toute attente, la substituabilité du chlorhydrate de ranitidine vendu par Adechsa S.A. et du produit vendu par les sociétés de produits génériques ne permet pas de conclure que les deux devraient se vendre au même prix (puisque le beurre ne se vend pas au même prix que la margarine).

L'importance de la « loi du prix unique » est incontestable en science économique. Par exemple, dans un manuel largement utilisé pour l'enseignement en science économique au Canada et aux États-Unis, il est mathématiquement démontré qu'il ne peut exister qu'un seul prix pour un seul bien sur un seul marché¹¹⁰. *A contrario*, s'il existe deux prix, c'est donc forcément parce qu'il existe deux marchés. Mais qu'est-ce qui définit deux marchés plutôt qu'un?

Trois critères ont déjà été énoncés : un même lieu, un même groupe d'acheteurs et un même processus. Le troisième critère est celui qui n'a pas été abordé dans le texte du jugement de la Cour canadienne de l'impôt. Il est possiblement le plus complexe, ce qui ne veut pas dire qu'il ne soit pas important. Pour que le processus de détermination du prix du chlorhydrate de ranitidine vendu par Adechsa S.A. soit le même que celui de son substitut en provenance des sociétés génériques, il est nécessaire qu'un certain nombre d'hypothèses soient valides dans un cas comme dans l'autre. Ces hypothèses se rapportent au nombre des vendeurs, au nombre des acheteurs, à la circulation de

¹¹⁰ Hal R. VARIAN, *Microeconomic Analysis*, New York, W. W. Norton & Company Inc., 1984, pp. 241-242.

l'information, aux caractéristiques des fonctions de production et aux caractéristiques des fonctions d'utilité. En simplifiant, la question finale serait : peut-on dire que les deux produits sont vendus dans les mêmes conditions en général et dans les mêmes conditions de concurrence en particulier?

Pour répondre à cette question, il est d'abord nécessaire d'analyser les processus de vente du Zantac à des tiers sans lien de dépendance. Par la suite, il sera alors possible d'utiliser cette connaissance pour mieux comprendre le prix du chlorhydrate de ranitidine vendu par Adechsa S.A. et le prix des substituts vendus par d'autres fournisseurs. À l'horizon, la cible finale est de savoir si Adechsa S.A. bénéficie sur son marché d'un pouvoir de monopole que les autres fournisseurs n'ont pas.

3.2.1. Prix du Zantac et des autres médicaments substituables

Comme le juge l'a indiqué, la détermination fine du prix d'un médicament est difficile : une organisation privée dont la vocation est de vendre ce genre d'information ne garantit même pas l'exactitude de ses propres chiffres¹¹¹.

Au Québec, de 1990 à 1993, la RAMQ publiait des listes de prix sur lesquels elle se basait pour rembourser certains bénéficiaires. De 1990 à 1992, les prix qui s'y trouvaient étaient peu fiables parce que les intermédiaires pouvaient recevoir des avantages de toutes sortes pour avoir vendu un médicament plutôt qu'un autre. Cette situation a cependant évolué en 1993, parce que les prix qui se trouvaient dans les listes de cette année-là y reflétaient un peu mieux les prix relatifs qui pouvaient exister en réalité, après avoir tenu compte des avantages aux intermédiaires. Cette précision accrue est due au règlement relatif à la *Loi sur l'assurance maladie*¹¹² qui a été mis en vigueur le 1^{er} août 1992.

L'utilisation des listes de médicaments publiées par la RAMQ à titre d'indicateurs des prix au marché est alors intéressante parce que la RAMQ est une institution publique et parce qu'une approximation suffit pour appuyer une affirmation relativement simple et peu controversée : il existe un écart important entre le prix du Zantac et celui des produits génériques (tableau 3). Personne ne

¹¹¹ GSK, précité, note 1, par. 58.

¹¹² L.R.Q., c. A-29.

met en doute que sur le marché des utilisateurs finaux le prix des génériques soit significativement inférieur au prix des innovants¹¹³.

L'ampleur de cet écart est considérable. En juillet 1993, les génériques auraient pu se vendre à un prix qui était égal à environ 40 % du prix du Zantac. De manière générale, cette réalité n'est pas contredite dans *La politique du médicament* du Québec, qui définit l'orientation ministérielle récente selon laquelle le prix des médicaments génériques est plafonné à 60 % du prix du médicament innovateur pour le premier à entrer sur le marché et à 54 % à partir du second¹¹⁴. De toute évidence, le Zantac et les génériques sont peut-être substituables, mais ils ne se retrouvent pas sur le même marché!

Tableau 3 : Prix remboursé par la RAMQ en juillet 1993

Société	Médicament (Comprimés de 300 mg)	Format	Prix pour un comprimé	Indice (Zantac = 100)
Kenral	Ranitidine	30 comprimés	0,7786	39
Apotex	Apo-Ranitidine	30 comprimés	0,7943	40
Nu-Pharm	Nu-Ranit	500 comprimés	0,7945	40
Novopharm	Novo-Ranitidine	30 comprimés	0,7946	40
Pro Doc	Ranitidine-300	100 comprimés	0,7950	40
GSKI	Zantac	30 comprimés	1,9883	100

Source : Québec, Régie de l'assurance maladie, 1993.

Ces faits ne peuvent que conduire vers la question : pourquoi ? Pourquoi deux médicaments en apparence identiques se retrouveraient-ils sur deux marchés différents ? Pourquoi les consommateurs accepteraient-ils de payer plus

¹¹³ GSK, précité, note 1, par. 25.

¹¹⁴ QUÉBEC, ministère de la Santé et des Services sociaux, *La politique du médicament*, Québec, 2007.

cher pour la « même chose »? Les réponses à ces questions peuvent être divisées en deux catégories : celles qui se rapportent à la courbe d'offre et celles qui se rapportent à la courbe de demande.

Les réponses relatives à la courbe d'offre peuvent être trouvées en cherchant les différences de coût entre une société dont la vocation principale est d'inventer des médicaments comparativement à une société dont la vocation principale est de copier des médicaments. Les sociétés génériques supportent une variété de coûts reliés à la fabrication et à la distribution plus, dans certains cas et à certaines époques, une redevance de 4 % payée aux sociétés innovantes. Par comparaison, les sociétés innovantes supportent les mêmes catégories de coûts reliés à la fabrication et à la distribution; plus les risques et les coûts reliés aux projets de recherche qui ne conduisent à rien; plus les risques et les coûts des projets qui réussissent; plus les risques d'un échec commercial et les coûts des premières phases de la mise en marché alors que le médicament n'est connu de personne; plus les risques, les coûts juridiques et les dommages qu'il faut verser lorsque certains médicaments s'avèrent dangereux.

Sachant que, dans l'industrie pharmaceutique, les coûts sont démesurés et sachant que les ordres de grandeur peuvent atteindre et dépasser le milliard de dollars, l'importance de l'asymétrie des coûts de part et d'autre ne peut que retenir l'attention, surtout en présentant les catégories de coûts et de risques d'une manière systématique, comme au tableau 4.

Tableau 4 : Comparaison des catégories de coûts

Catégorie de coûts et de risques	Sociétés innovantes	Sociétés génériques
Risques et coûts des projets de recherche qui n'ont conduit à rien	✓	
Risques et coûts pour découvrir un médicament et obtenir les approbations nécessaires	✓	
Risques d'un échec commercial et coûts des premières phases de la mise en marché pour faire connaître un médicament	✓	

Risques, coûts juridiques et dommages versés relativement à certains médicaments qui se sont avérés dangereux	✓	
Recherche et coûts avant de pouvoir copier un médicament		✓
Redevance de 4 %		✓
Fabrication et distribution	✓	✓

Otre le fait qu'elle déplace la courbe d'offre, l'asymétrie des coûts peut également avoir une incidence importante sur les flux d'argent entre les pays, en particulier lorsque la recherche n'est pas répartie également entre tous les pays.

Tableau 5 : Ratio de la recherche et développement sur les ventes par pays en 2005

Pays	Ratio de la RS & DE sur les ventes
Suisse	92,5 %
Suède	31,4 %
Royaume-Uni	31,1 %
États-Unis	18,6 %
France	16,6 %
Allemagne	16,4 %
Canada	8,3 %
Italie	6,8 %

Source : CANADA, Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés, *Rapport annuel 2007*, p. 46.

Le tableau 5 permet d'observer qu'en général, pour ce qui concerne les multinationales innovantes, l'essentiel de la recherche et du développement des médicaments ne se fait pas au Canada. Une fraction de l'argent qui a été levé par Adechsa S.A. en facturant un prix plus élevé à GSKI était donc destinée à éponger un coût supplémentaire que les manufacturiers génériques ne supportent pas. Cette fraction est possiblement restée en Suisse ou elle a été redirigée ailleurs.

L'asymétrie des coûts est l'un des facteurs importants qui expliquent que la courbe d'offre des sociétés innovantes ne puisse pas se superposer à celle des sociétés génériques. En partie en reconnaissance de cette situation, les gouvernements prévoient généralement que les sociétés innovantes ont certains privilèges. Outre l'exclusivité de l'utilisation de leur nom, plusieurs pays donnent également une certaine forme d'exclusivité en concédant des brevets d'invention. Au Canada, avant 1993, cette forme d'exclusivité était relativement faible à cause du régime de licences obligatoires, puisque les génériques pouvaient faire concurrence aux innovantes en contrepartie d'une redevance de 4 %. Cependant, la faiblesse de la protection qui était alors accordée aux innovantes n'allait pas jusqu'à les priver de l'utilisation exclusive de leur nom.

Il va de soi qu'une société innovante qui parvient à faire une percée importante dans la lutte contre une maladie marque des points. Son produit gagne progressivement la confiance et la reconnaissance d'un grand nombre de médecins et de malades parce qu'il soulage de la souffrance ou qu'il sauve des vies, ou parfois les deux. Les émotions très fortes qui sont en cause créent un lien entre l'innovante et les acheteurs dont la solidité tend à créer une structure monopolistique. En outre, il existe toujours cette idée que le produit original est le « vrai » produit, alors que les copies ne peuvent être que des « copies » plus ou moins bien réussies. Finalement, il existe également des acheteurs qui tiennent à acheter leurs médicaments des sociétés innovantes en sachant que ces sociétés sont à l'origine de progrès d'une importance considérable dans la lutte contre la maladie. Sans elles, notre espérance de vie et notre qualité de vie ne présenteraient pas les mêmes espoirs. Par comparaison, les génériques peuvent bien contenir le même ingrédient actif, mais on ne peut pas dire que ces sociétés qui prennent les inventions des autres pour en profiter commandent l'admiration. Du point de vue de l'acheteur, l'asymétrie dans la gratitude, dans la légitimité et dans l'information fait une différence, qui a possiblement été exploitée par une « bonne équipe de marketing » chez GSKI¹¹⁵. Le Zantac peut

¹¹⁵ Dans l'affaire *GSK*, précité, note 1, le juge cite un témoin au paragraphe 38 : « [...] pretty good marketing team [...] ».

alors être substituable dans une certaine mesure aux génériques, mais il ne s'intègre pas aux génériques pour constituer un seul et même bien. Deux biens distincts existent, encore plus différents l'un de l'autre que le beurre et la margarine.

L'effet sur la courbe de demande est assez simple : d'une part, il existe une courbe de demande distincte et à pente négative pour le médicament innovant, parce que ce produit est parvenu à se différencier des autres (la structure du marché pour ce produit n'est pas la concurrence pure et parfaite; elle s'approche un peu d'une structure monopolistique); et, d'autre part, il existe une courbe de demande plus horizontale pour les génériques, parce que plusieurs génériques peu différenciés existent sur un autre marché dont la structure est davantage de concurrence pure et parfaite qu'elle n'est monopolistique.

L'analyse des raisons qui justifient que le prix du Zantac soit différent du prix des autres médicaments substituables nous apprend donc que, pour ce qui concerne les ventes à des tiers sans lien de dépendance, deux courbes d'offre distinctes croisent deux courbes de demande distinctes sur deux marchés distincts. Il en résulte deux prix d'équilibres distincts et substantiellement différents¹¹⁶.

D'une part, à supposer que le paragraphe 69(2) L.I.R. ait été interprété sans les Principes de l'OCDE, la question pertinente aurait été de savoir si GSKI a atteint une rentabilité inférieure, égale ou supérieure à celle des génériques parce qu'il serait possible que, même en achetant son ingrédient actif à un prix supérieur, GSKI puisse aspirer à une rentabilité égale ou supérieure à celle des sociétés génériques. Comment nier alors qu'il soit raisonnable de payer davantage?

D'autre part, à supposer que le paragraphe 69(2) L.I.R. soit interprété en utilisant les Principes de l'OCDE, la question pertinente est de savoir si les raisons qui justifient que le prix du Zantac soit différent du prix des autres médicaments substituables justifient également que le prix du chlorhydrate de ranitidine vendu par Adechsa S.A. soit différent du prix du chlorhydrate de ranitidine qui est vendu par d'autres fournisseurs.

¹¹⁶ Des substituts ne partagent pas une seule et même courbe de demande. Chaque bien possède sa propre courbe de demande qui peut changer de forme ou de position lorsqu'un nouveau substitut est introduit.

3.2.2. Prix du chlorhydrate de ranitidine vendu par Adechsa S.A. et par d'autres

L'offre et la demande pour le médicament Zantac ne se superposent pas à l'offre et à la demande pour les autres médicaments qui lui sont substituables parce que des coûts supplémentaires substantiels sont à la charge du groupe Glaxo et parce que la demande pour le Zantac au Canada n'est pas la même que la demande pour les médicaments génériques. Ces faits peuvent-ils justifier que l'offre et la demande pour le chlorhydrate de ranitidine vendu par Adechsa S.A. ne se superposent pas aux offres et aux demandes des substituts vendus par d'autres fournisseurs?

La réponse à cette question dépend fondamentalement de la manière dont on conçoit le rapport qui existe entre les contrats d'approvisionnement et de licence. Il existe au moins deux possibilités. Selon la première, les contrats d'approvisionnement et de licence sont indissociables. Selon la seconde, ils sont dissociables.

À supposer que les contrats soient indissociables, l'axiome de base serait que la multinationale Glaxo refuserait de signer un contrat de licence à moins qu'un contrat d'approvisionnement ne soit également signé. Les deux iraient forcément de pair, peu importe que le distributeur soit avec ou sans lien de dépendance. Pour pouvoir utiliser le nom « Zantac », il faudrait nécessairement acheter l'ingrédient actif d'Adechsa S.A. Dans ce cas, il existerait deux marchés pour le chlorhydrate de ranitidine. Sur l'un, il serait possible d'acheter un « tout » formé d'une licence et d'un approvisionnement. Ce « tout » donnerait alors la possibilité de vendre un médicament dont le prix est élevé (le Zantac). Cependant, le prix à payer pour le chlorhydrate de ranitidine serait également élevé. Sur l'autre marché, il serait possible d'acheter du chlorhydrate de ranitidine seul. Le prix serait alors moins élevé, mais le prix du médicament qu'il serait possible de vendre à partir de cet ingrédient actif serait aussi moins élevé.

À supposer que les contrats soient dissociables, l'axiome de base serait que la multinationale Glaxo accepterait de signer un contrat de licence seul sans que ce contrat ne soit associé à l'obligation d'acheter le chlorhydrate de ranitidine d'Adechsa S.A. Un distributeur avec ou sans lien de dépendance pourrait alors acheter une licence pour utiliser le nom « Zantac » et faire affaire avec n'importe quel fournisseur de chlorhydrate de ranitidine ensuite. Ce serait comme s'il était possible d'obtenir une licence pour utiliser le nom « Coke » en ayant la possibilité de remplir les bouteilles de « Coke » avec n'importe quel substitut.

Les deux possibilités sont illustrées au tableau 6 en marquant bien les caractéristiques des marchés :

- Lorsque les contrats sont indissociables, le nom « Zantac » et le chlorhydrate de ranitidine d'Adechsa S.A. seraient un tout qui se retrouverait seul sur un marché monopolistique. Le prix de la redevance ou de l'ingrédient actif pourrait alors être très élevé. L'élément important serait alors que, dans ce cas, le chlorhydrate de ranitidine vendu par Adechsa S.A. ne se retrouverait pas sur le même marché que les produits génériques. Ces derniers se feraient concurrence à part et entre eux sur un marché de concurrence pure et parfaite. Les prix seraient en conséquence.
- Lorsque les contrats sont dissociables, le nom « Zantac » se retrouverait seul sur un marché monopolistique. Le prix de la redevance pourrait alors être très élevé. Cependant, la source du chlorhydrate de ranitidine n'aurait pas d'importance et ce dernier serait vendu sur un marché de concurrence pure et parfaite à un prix de concurrence pure et parfaite.

La question est alors d'examiner quel est l'axiome le plus plausible.

Tableau 6 : Dissociabilité des contrats et caractéristiques des marchés

Axiome	Marché monopolistique	Marché de concurrence
Contrats indissociables	Licence pour utiliser le nom « Zantac » avec l'obligation d'acheter le chlorhydrate de ranitidine d'Adechsa S.A.	Chlorhydrate de ranitidine provenant des fournisseurs de produits génériques
Contrats dissociables	Licence pour utiliser le nom « Zantac »	Chlorhydrate de ranitidine peu importe la source

À l'extérieur d'un contexte de prix de transfert, cette question ne se poserait pas, parce que les biens ont une identité, nom de marque, design, ou signe distinctif, qui permet de les reconnaître et personne ne cherche à découper chaque prix pour y retrouver des justifications (biens incorporels ou autres). De toute évidence, les consommateurs paient pour un nom, mais ils ne paient pas séparément pour ce nom. En outre, personne ne pourrait imaginer qu'un nom puisse être dissocié de ce qu'il représente. Le nom est une étiquette qui appelle un bagage d'information relativement à l'objet qui le porte : source manufacturière, publicité, expérience passée, etc. Un nom qui serait dissocié de son objet pour être transporté sur n'importe quel autre substitut n'aurait plus

aucune utilité ni aucune valeur. Ce serait comme d'utiliser la signature d'un avocat sans que cet avocat puisse vérifier et contrôler l'usage que l'on fait de sa signature et de sa réputation.

À l'intérieur d'un contexte de prix de transfert, la question peut se poser, mais la réponse est quand même très claire. La série de prix présentée par GSKI pour contrecarrer la série de prix du ministre a été critiquée avec succès et les différences géographiques, entre autres, l'ont emporté. Cette série n'a donc pas été jugée comparable. Néanmoins, mis à part le prix lui-même qui pourrait être imprécis et inutilisable à des fins de comparaisons, il ne fait aucun doute que cette série démontre clairement qu'avec des personnes sans lien de dépendance, la multinationale Glaxo peut prélever son profit de monopole sous la forme qu'elle choisit, que ce soit une redevance ou un prix élevé pour l'ingrédient actif. Cette série démontre même qu'entre la multinationale Glaxo et des personnes sans lien de dépendance, il est fréquent que la multinationale prélève son profit sous la forme d'un prix plus élevé pour l'ingrédient actif alors que la redevance ne joue qu'un rôle mineur.

La conséquence ultime de ces observations est que le sens qui a été donné au mot « marché » a été d'une très grande importance dans le jugement et que ce sens gagnerait possiblement à être réexaminé. La méthode du prix comparable sur le marché libre pourrait bien ne pas être acceptable si on en venait à croire qu'il existe une différence importante dans les circonstances entourant les opérations qui sont comparées. Adechsa S.A. était dans une situation de monopole vis-à-vis de GSKI et elle aurait également été dans une situation de monopole vis-à-vis de n'importe quel autre distributeur sans lien de dépendance qui aurait pu remplacer GSKI au Canada. Les autres fournisseurs de chlorhydrate de ranitidine étaient, quant à eux, dans une situation beaucoup plus proche de la concurrence pure et parfaite vis-à-vis de leurs clients. Par conséquent, comme un prix d'équilibre établi sur un marché monopolistique est substantiellement différent du prix d'équilibre établi sur un marché concurrentiel, il pourrait être risqué de juger des qualités d'un prix de monopole en utilisant une série de prix qui est prise sur un marché concurrentiel¹¹⁷. De ce

¹¹⁷ Dans la version française des Principes de l'OCDE, l'expression qui désigne les conditions qui seraient convenues entre des entreprises indépendantes n'est pas la même que dans la version anglaise. En français, l'expression « prix de pleine concurrence » est utilisée. En anglais, l'expression « *arm's length price* » l'est (la comparaison peut se faire à plusieurs endroits, dont au paragraphe 1.30 des Principes de l'OCDE.). En principe, les deux expressions ont la même signification et l'hypothèse la plus plausible est qu'un prix de pleine concurrence désigne un prix observé entre des personnes sans lien de dépendance, peu importe que ce prix provienne ou non d'un marché de concurrence pure et parfaite. Les
(à suivre...)

point de vue, la méthode du prix comparable sur le marché libre pourrait ne pas être aussi solide qu'on aurait pu le croire à première vue¹¹⁸.

Il existe plusieurs raisons qui incitent les gouvernements à donner une forme d'exclusivité aux inventeurs. La Cour canadienne de l'impôt a interprété le paragraphe 1.30 des Principes de l'OCDE en utilisant une définition du mot « marché » fondée sur le marketing et sur la substituabilité des biens. Cette interprétation est actuellement un problème important parce que, aux fins fiscales au Canada, sa conséquence est de ne pas respecter l'exclusivité qui peut être accordée aux inventeurs en général et à l'industrie pharmaceutique en particulier. La conséquence ultime est que cette approche pourrait bien conduire à lever un impôt au Canada sur des montants qui n'appartiennent pas en entier à l'assiette fiscale canadienne. Cette conséquence soulève donc la question de ce qui appartient véritablement à l'assiette fiscale canadienne, une question à laquelle il semble de plus en plus difficile de répondre pour ce qui concerne la cause *GSK*. Dans la prochaine section, nous envisagerons qu'il puisse ne pas exister de vraie réponse à cette question.

3.3. MÉTHODE DE PARTAGE DES BÉNÉFICES

Les « méthodes traditionnelles fondées sur les transactions » ne présentent aucune perspective intéressante pour ce qui concerne la cause *GSK*. D'une part, il existe des différences de marché qui sont assez graves pour qu'aucun ajustement simple et efficace ne puisse être envisagé pour réhabiliter les méthodes et les opérations qui ont été présentées par le ministre du Revenu national. D'autre part, des différences géographiques ou d'une autre nature ont déjà été jugées assez graves pour exclure les méthodes et les opérations qui ont été présentées par *GSKI*. Pour ce qui est des « autres méthodes, » la méthode

(...suite)

expressions « principe de pleine concurrence » et « prix de pleine concurrence » semblent à cet égard être de mauvaises traductions.

¹¹⁸ Tel qu'il est précisé au paragraphe 2.7 des Principes de l'OCDE :

« Conformément aux principes exposés au chapitre I, une transaction sur le marché libre est comparable à une transaction contrôlée (c'est-à-dire c'est une transaction comparable sur le marché libre) pour l'application de la méthode du prix comparable sur le marché libre si l'une des deux conditions suivantes est remplie : 1. aucune différence entre les transactions faisant l'objet de la comparaison ou entre les entreprises effectuant ces transactions n'est susceptible d'avoir une incidence sensible sur le prix du marché libre, ou 2. des correctifs suffisamment exacts peuvent être apportés pour supprimer les effets matériels de ces différences. »

transactionnelle de la marge nette a déjà été exclue. Il ne reste donc que la méthode du partage des bénéfices.

Cette méthode laisse beaucoup à désirer si on veut trouver une base objective « aux conditions qui seraient convenues entre des entreprises indépendantes ». Selon les conseils de mise en œuvre de l'OCDE,

« [s]i la méthode de partage des bénéfices devait être utilisée [...], les entreprises associées s'efforceraient d'aboutir à la répartition des bénéfices qu'on pourrait attendre de la part d'entreprises indépendantes ayant constitué ensemble une co-entreprise. En général, les conditions fixées de cette manière devraient être de bénéfices prévus plutôt que sur les bénéfices effectifs, parce que le contribuable ne peut connaître, au moment où les conditions sont fixées, le montant des bénéfices qui seront tirés de l'activité en cause »¹¹⁹.

Ce conseil laisse clairement voir à quel point un tel partage peut être arbitraire.

L'arithmétique de la méthode de partage des bénéfices est décrite de la manière suivante :

« le montant total des bénéfices [...] serait réparti entre les entreprises associées en fonction de la valeur relative des fonctions exercées, [...], complétée autant que possible par des données extérieures [...] »¹²⁰.

En utilisant l'analyse de contributions, la répartition est fixée au moyen d'un pourcentage fondé sur la comparaison des contributions de chaque partie¹²¹. En utilisant l'analyse résiduelle, la répartition est faite en deux étapes. Lors de la première étape,

« chaque participant se voit attribuer un niveau suffisant de bénéfices pour lui assurer un revenu standard »¹²².

Ensuite, dans une seconde étape,

¹¹⁹ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*, op. cit., note 13, par. 3.11.

¹²⁰ *Id.*, par. 3.16.

¹²¹ *Id.*, par. 3.18.

¹²² *Id.*, par. 3.19.

« tout bénéfice résiduel [...] sera réparti entre les participants sur la base d'une analyse des éléments susceptibles d'indiquer comment ce bénéfice ou cette perte résiduelle aurait été réparti entre des entreprises indépendantes. Tout ce qui concerne la contribution des parties sous la forme d'actifs incorporels et leur pouvoir respectif de négociation pourra être particulièrement utile dans ce contexte. »

La difficulté de trouver des bons comparables refait toujours surface. Tous les comparables disponibles qui ont été discutés ont tous présentés des lacunes. Pour l'application de la méthode de partage des bénéfices, la situation ne se présente pas différemment. Au moment d'écrire ces lignes, il semble tout à fait improbable qu'il soit possible de baser une analyse des contributions sur des données extérieures parce que la négociation entre un fabricant et un distributeur indépendant ne porte généralement pas sur le partage des bénéfices. La situation ne se présente pas mieux pour ce qui concerne l'analyse résiduelle. Le revenu standard doit être basé sur des « méthodes traditionnelles fondées sur les transactions » ou sur la méthode transactionnelle de la marge nette. Or, toutes ces méthodes ont déjà été rejetées. De surcroît, pour ce qui est de répartir le bénéfice résiduel, nous allons maintenant démontrer que, même s'il était possible de le déterminer, il resterait impossible de le répartir sur des bases objectives. Jamais on ne trouvera de manière certaine et précise « les conditions qui seraient convenues entre des entreprises indépendantes ». L'effort de partage de l'assiette impossible entre la multinationale Glaxo et GSKI ne pourra donc se terminer qu'en utilisant des approximations qui pourront « sembler » plausibles.

Pour démontrer que le bénéfice résiduel ne peut pas être réparti sur des bases objectives, il est d'abord nécessaire de comprendre que le bénéfice résiduel est ce que l'on nomme généralement le « profit économique ». Il s'agit d'un concept différent du profit comptable. Il est ensuite nécessaire de voir qu'il est impossible d'isoler la portion du profit économique qui est entièrement attribuable à GSKI et qui n'est attribuable qu'à elle. Pour en arriver là, quatre sujets doivent être abordés : clarifications au sujet du profit économique, les causes du profit économique, le profit économique sans aucun bien incorporel et le profit économique avec des biens incorporels.

3.3.1. Clarifications au sujet du profit économique

Comme les cours de base en science économique nous l'ont appris, sur un marché de concurrence pure et parfaite le profit économique est nul. Évidemment, cela ne signifie pas que le profit comptable le soit. L'explication de ce paradoxe est simplement que, d'un point de vue économique, la rémunération du capital est un coût. Un profit économique égal à zéro

correspond alors à un profit comptable qui donne à l’actionnaire le rendement minimum qu’il exige pour laisser son argent là où il est¹²³. Dans la terminologie de l’OCDE, le revenu standard serait donc le rendement minimum acceptable par l’actionnaire alors que le bénéfice résiduel serait quant à lui le profit économique. En mettant de côté la question des biens incorporels, l’existence d’un profit économique appelle donc l’idée que le profit comptable est plus élevé que le rendement minimum nécessaire pour satisfaire l’actionnaire.

La figure 2 illustre le lien entre le profit économique et le profit comptable (dans une situation où il n’y a pas de biens incorporels). Il est possible d’y voir que le total du profit comptable et des frais financiers est égal au total de la rémunération du capital et du profit économique.

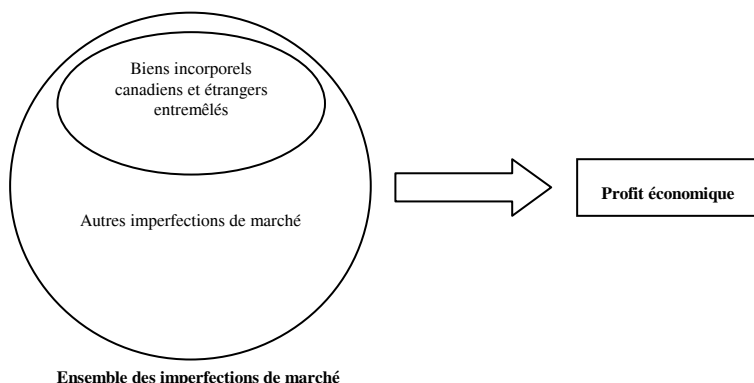
Figure 2 : Profit comptable et profit économique



3.3.2. Les causes du profit économique

Le profit économique cesse d’être nul lorsque au moins une des hypothèses à la base des marchés parfaits cesse d’être admissible. La cause du profit économique se trouve donc dans les imperfections de marché qui incluent les biens incorporels, mais qui ne s’y limitent pas, comme le montre la figure 3.

¹²³ Walter NICHOLSON, *Microeconomic Theory*, Hinsdale, The Dryden Press, 1978, p. 224.

Figure 3 : Imperfections de marché et profit économique

Un bien incorporel peut être vu comme une barrière à l'entrée¹²⁴. Un brevet d'invention et une marque de commerce sont des biens incorporels parce que la forme d'exclusivité qu'ils accordent repose sur des droits particuliers. Cependant, les imperfections de marché ne sont pas toutes des biens incorporels. Par exemple, la localisation géographique n'est pas un bien incorporel, mais elle peut quand même constituer une barrière à l'entrée¹²⁵. Une oasis dans le désert est une forme de monopole qui ne repose sur aucun droit susceptible de créer un bien incorporel. La barrière à l'entrée est alors la distance (il est impossible d'obtenir de l'eau ailleurs à moins de parcourir une grande distance); or, la distance n'est pas un bien incorporel. En outre, une circulation imparfaite de l'information peut conduire à un profit économique sans nécessairement résulter de l'existence d'un bien incorporel. Par exemple, un manque d'information ou de savoir-faire n'est pas un bien incorporel. Même le savoir-faire lui-même n'est pas toujours un bien incorporel au Canada¹²⁶ (quoique l'OCDE puisse le

¹²⁴ Jean TIROLE, *Théorie de l'organisation industrielle*, vol. 2, Paris, Economica, 1995, pp. 207-208.

¹²⁵ Jean TIROLE, *Théorie de l'organisation industrielle*, vol. 1, Paris, Economica, 1995, p. 191.

¹²⁶ Alan RAUTENBERG, « Income Tax Aspects of Intellectual Property Transactions », dans *2003 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2003, pp. 35:1-33.

considérer comme tel¹²⁷). Le manque d'information des acheteurs peut également être à la source d'un profit économique sans constituer pour autant un bien incorporel parce qu'un manque d'information ne repose sur aucun droit qui puisse être détenu ou aliéné.

3.3.3. Le profit économique sans aucun bien incorporel

Un manufacturier ne se trouve pas toujours sur un marché parfait. Par exemple, grâce à des informations incomplètes ou exagérées, un manufacturier en particulier peut se démarquer des autres et favoriser, pour son produit, le maintien d'un prix de détail plus élevé que le prix de concurrence pure et parfaite. En conséquence, un profit économique peut être dégagé.

Lorsque ce manufacturier cherche un distributeur sans lien de dépendance pour écouler son produit au Canada, il se trouve alors en situation de monopole parce qu'il est la seule source possible de ce produit dont le prix de détail est élevé. Vis-à-vis de lui, de nombreux distributeurs se trouvent tous en concurrence pure et parfaite entre eux pour offrir leurs services. Dans ces circonstances, rien ne laisse croire que le manufacturier devra céder son profit économique en tout ou en partie. Le distributeur sans lien de dépendance qui sera choisi sera alors heureux de faire le travail en contrepartie d'un revenu « standard » ou presque, selon la terminologie utilisée par l'OCDE.

Sans aucun bien incorporel, cette conclusion devrait évidemment se refléter dans l'application de la méthode de partage des bénéfices résiduels. Le bénéfice résiduel ou le profit économique attribué au distributeur canadien qui ne détient aucun bien incorporel devrait alors être proche de zéro, ce qui signifie que son profit comptable correspondrait environ à la rémunération minimale acceptable par un actionnaire quelconque. Cette situation est à l'opposé du jugement de la Cour canadienne de l'impôt puisqu'un prix de concurrence pure et parfaite a été utilisé pour fixer le prix des achats de GSKI et qu'en conséquence son assiette imposable a été déterminée comme si tout le profit économique prélevé au Canada était resté au Canada.

Évidemment, l'absence totale de biens incorporels est à un extrême qui ne peut pas être envisagé pour Glaxo ou pour GSKI. Cependant, il ne serait pas exclu que le profit économique de Glaxo puisse être relié à des imperfections de

¹²⁷ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*, op. cit., note 13, par. 6.2.

marché qui ne reposent pas toutes sur des biens incorporels. Les imperfections de marché potentielles sont nombreuses. Certaines viennent spontanément à l'esprit : Glaxo pourrait avoir une taille significative relativement au marché, remettant ainsi en question la validité de l'hypothèse que tous les vendeurs ont une taille relativement petite; l'information et le savoir-faire nécessaire pour fabriquer, vendre et distribuer un médicament pourraient ne pas être uniformément répartis; les consommateurs pourraient sous-estimer les génériques (le jugement le laisse sous-entendre¹²⁸). Évidemment, si l'on tient compte des biens incorporels, la situation se complique passablement.

3.3.4. Le profit économique avec des biens incorporels

Un bien incorporel peut être fondé sur un droit (un brevet, par exemple), un réseau de distribution ou une clientèle, une marque ou un nom de commerce, une propriété littéraire ou artistique. Ce sont tous des ensembles d'information qui ont la particularité de changer le niveau de profit d'une entreprise en déplaçant sa courbe d'offre ou de demande, sans que soient déplacées d'une manière équivalente les courbes d'offre ou de demande des autres entreprises en concurrence directe ou indirecte avec elle¹²⁹. En rattachant ainsi une fraction du profit économique à un bien incorporel, il pourrait alors sembler naturel que le profit économique relatif à un bien incorporel soit imposé dans le pays de résidence du propriétaire de ce bien incorporel. Le problème majeur de cette approche est qu'il est, en pratique, impossible de faire le partage du profit économique entre les différents biens incorporels au Canada et à l'étranger.

Supposons que le profit économique associé à un bien incorporel quelconque soit mesuré en prenant la différence entre le profit observé avec ce bien incorporel et le profit observé sans ce bien. Cette méthode conduirait à un constat d'impossibilité : la disparition d'un bien incorporel important entraînerait la disparition de la totalité du profit économique. Sans le nom « Zantac », le profit économique au Canada disparaîtrait. Sans le réseau de distribution de GSKI, le profit économique au Canada disparaîtrait aussi.

Que d'un point de vue analytique on veuille découper un revenu pour en attribuer une part à des matières premières, à de la main-d'œuvre, à un brevet d'invention, à une marque de commerce ou à autre chose est possible mais arbitraire. Les découpages comptables peuvent à certains égards être utiles à

¹²⁸ GSK, précité, note 1, par. 38 à 41.

¹²⁹ Jean-Pierre VIDAL, « Éthique, biens incorporels et prix de transfert », (2004), vol. 25, n° 4 *Revue de planification fiscale et successorale* 583-646, p. 623.

certaines décisions, mais il ne faudrait pas leur attribuer une signification qu'ils n'ont pas. La comptabilité analytique de gestion ne fournit pas des prix au marché. Ce serait comme de vouloir attribuer le revenu d'un être humain à chacune des parties de son corps au prorata de leur poids pour ensuite faire des prévisions sur la valeur au marché d'une main droite ou d'une tête. Les composantes n'ont aucune valeur si le tout n'y est pas.

On en vient alors à des règles qui répartissent les bénéfices résiduels en fonction de diverses sommes qui ont été dépensées ou investies ou de diverses autres conjectures qui sont sans rapport avec l'effet de chaque bien incorporel sur le véritable profit économique. À ce compte, une répartition de l'assiette imposable entre les pays de la même manière qu'on le fait entre les provinces canadiennes serait tout aussi bonne. Le coût et l'incertitude supportés par le contribuable pour en venir, de toute façon, à une formule de répartition arbitraire en seraient sans aucun doute réduits.

Comme le fait l'OCDE, il serait possible de dire que « le principe de pleine concurrence est difficile et complexe à mettre en œuvre, par exemple pour des groupes multinationaux produisant de façon intégrée des biens hautement spécialisés, traitant des biens incorporels uniques et/ou fournissant des services spécialisés »¹³⁰.

CONCLUSION

Quoique les économistes disposent de modèles statistiques pour expliquer ou déterminer des prix, l'OCDE a soigneusement évité d'utiliser ces modèles pour établir les conditions qui seraient convenues entre des entreprises indépendantes. On peut imaginer que la raison de cette décision est tout simplement que le nombre des observations disponibles pour faire les calculs aurait généralement été insuffisant, que l'intervalle de confiance (prix minimum, prix maximum) aurait de toute manière été trop large pour que l'effort soit justifié et que les débats techniques devant les tribunaux auraient été sans fin. Bref, la raison pour laquelle les modèles statistiques n'ont pas été utilisés est sans doute que l'information disponible aurait été insuffisante pour faire un bon travail de détermination des prix.

¹³⁰ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*, op. cit., note 13, par. 1.8.

Il ne fait aucun doute qu'il serait commode pour les gouvernements que les prix établis à l'intérieur d'un groupe multinational soient établis comme ils le seraient entre des personnes sans lien de dépendance. Une exigence de cette nature est même vraisemblablement une contrainte politique de notre époque, dans la mesure où il semble impossible que les gouvernements puissent s'entendre sur une assiette fiscale commune et sur une formule de répartition. Cette contrainte ne rend pas l'exigence meilleure pour autant.

L'existence même d'une multinationale est fondée sur des économies d'échelle et des imperfections de marché (différenciation des produits, circulation imparfaite de l'information, externalités, bien incorporels, etc.). Pour cette raison, les grandes multinationales sont uniques par définition. En général, ce n'est donc pas en utilisant des comparables isolés et qui œuvrent sur des marchés locaux dans des conditions de concurrence différentes que l'on peut juger des prix d'une multinationale. Le grand nombre de sociétés en existence ne fait que masquer la rareté des bons comparables et la complexité des ajustements qui seraient idéalement nécessaires.

La force des méthodes de l'OCDE est en même temps leur faiblesse : ces méthodes donnent un résultat plausible sur la base d'une information incomplète et triée pour que le résultat soit plausible. On juge alors que l'information est sans aucun doute adéquate puisque le résultat est plausible. On justifie qu'il faille rejeter un comparable ou qu'un comparable choisi l'année d'avant doive désormais être abandonné. On ferme les yeux sur le fait que les méthodes de l'OCDE ne sont pas faites pour permettre un escompte destiné à liquider un inventaire ou qu'il soit difficile d'en venir à des pertes, parce qu'une année les ventes n'ont pas été au rendez-vous pour une entreprise en particulier. Les questions sont reliées à ce que l'on connaît : les coûts, les fonctions, les risques et les biens incorporels. Ce que l'on ne connaît pas est oublié : les aléas de la demande, les économies d'échelle, les imperfections de marché, les conditions de la concurrence. Le problème fondamental refait surface : l'information est insuffisante pour faire un bon travail de détermination des prix.

Comme le démontre le contexte juridique au Canada, l'idée d'un juste équilibre entre ce qui est donné et ce qui est reçu ne cesse de se buter aux difficultés d'application. Le malaise se révèle de diverses manières : l'absence de jurisprudence, les changements dans la base de comparaison au fil des années, l'utilisation des Principes de l'OCDE (un élément appartenant au contexte international) pour interpréter une loi interne du Canada, la différence que l'on refuse de voir entre l'ancien article 69 L.I.R. et le nouvel article 247 L.I.R., l'utilisation de prix établis dans un contexte de concurrence pure et parfaite pour juger d'un prix monopolistique et ultimement l'idée que le partage

des bénéfices résiduels ne pourra jamais se faire que sur des bases arbitraires. Indirectement, ce sont les pays qui négocient entre eux les impôts auxquels ils croient avoir droit tout en donnant le fardeau des inconvénients aux contribuables.

Devant la décision rendue dans l'affaire *GSK*, toutes les conjectures que l'on retrouve dans les documentations de prix de transfert semblent fragiles. Dans l'état actuel du droit, la barre est haute. D'une part, la Cour canadienne de l'impôt a rejeté tous les comparables en provenance d'autres pays, ce qui remet en question la plupart des documentations de prix de transfert qui ont été préparées au Canada depuis 1998, notamment toutes celles qui ont utilisé des comparables américains. D'autre part, cette même Cour a approuvé l'utilisation d'une série de prix au voisinage d'un prix de concurrence pure et parfaite pour déterminer un prix qui aurait dû être au voisinage d'un prix de monopole. Toutes les multinationales qui comprennent la signification du jugement de la Cour canadienne de l'impôt doivent être extrêmement inquiètes.

La décision de la Cour canadienne de l'impôt posera sans doute un dilemme à la Cour d'appel fédérale. Si elle confirme le jugement, les multinationales se trouveront dans une situation de faiblesse et d'injustice. À l'inverse, si elle ne le confirme pas, un jugement équitable semble impossible sans connaître la réponse à des questions auxquelles il est extrêmement difficile de répondre actuellement et qui se trouvent à la frontière de la recherche en science économique.

CAPITAL VERSÉ QUÉBÉCOIS ET CAPITAL IMPOSABLE FÉDÉRAL : UNE ANALYSE COMPARATIVE

JULIE HÉLÈNE TREMBLAY, AVOCATE, LL. B., M. FISC.
DUFOUR CHARBONNEAU BRUNET ET ASSOCIÉS INC.
COMPTABLES AGRÉÉS

PRÉCIS

Le présent texte analyse les similitudes et dissemblances entre le capital versé au sens de la Partie IV de la *Loi sur les impôts* du Québec et le capital imposable au sens de la Partie I.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* du Canada pour les sociétés autres que les institutions financières. La section 1. mentionne les mesures fiscales utilisant encore ces concepts. La section 2. traite de l'application des principes comptables généralement reconnus aux fins d'établir les montants à ajouter ou déduire dans le calcul du capital versé et du capital imposable. Les règles de calcul du capital imposable et du capital versé sont présentées à la section 3. La section 4. traite des divers éléments à inclure au capital imposable ou au capital versé, tandis que la section 5. contient une analyse similaire mais en ce qui concerne les éléments à déduire. La section 6. traite de la réduction ou déduction pour placements. L'annexe présente un tableau comparatif des éléments du capital versé et du capital imposable.

ABSTRACT

This text presents an analysis of the similarities and differences between "paid-up capital" within the meaning of Part IV of the Quebec *Taxation Act* and "taxable capital" within the meaning of the Part I.3 of the *Income Tax Act* of Canada for the corporations other than the financial institutions. The first section describes why these concepts remain useful. The second section describes the application of the generally accepted accounting principles recognized for establishing the amounts to be added or deducted in the calculation of paid-up capital and taxable capital. The rules of calculation for taxable capital and paid-up capital are analyzed in the third section. The fourth section compares the various elements to be included in paid-up capital or taxable capital, while the

fifth section contains a similar analysis but with regard to the elements to be deducted. The sixth section analyzes the reduction or deduction for investments. The Appendix presents a comparative table of the elements comprising paid-up capital and taxable capital.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	335
1. MESURES FISCALES UTILISANT LES CONCEPTS DE CAPITAL IMPOSABLE ET DE CAPITAL VERSÉ.....	337
1.1. DÉDUCTION POUR PETITE ENTREPRISE	337
1.2. CRÉDITS POUR RECHERCHE SCIENTIFIQUE ET DÉVELOPPEMENT EXPÉRIMENTAL	337
1.3. DROIT AU RECOUVREMENT D'UNE COTISATION CONTESTÉE ET OPPOSITION.....	338
1.4. ACOMPTES PROVISIONNELS TRIMESTRIELS PLUTÔT QUE MENSUELS.....	339
1.5. RENONCIATION AUX FRAIS D'AMÉNAGEMENT AU CANADA	340
1.6. MESURES INCITATIVES QUÉBÉCOISES	340
1.7. AUTRES JALONS	341
2. APPLICATION DES PRINCIPES COMPTABLES GÉNÉRALEMENT RECONNUS	342
3. RÈGLES DE CALCUL DU CAPITAL IMPOSABLE OU DU CAPITAL VERSÉ.....	345
4. INCLUSIONS AU CAPITAL IMPOSABLE OU AU CAPITAL VERSÉ.....	347
4.1. CAPITAL-ACTIONS DE LA SOCIÉTÉ OU CAPITAL-ACTIONS VERSÉ	347
4.1.1. Comparaison des termes utilisés	347
4.1.2. Identification et analyse des distinctions entre les expressions.....	347
4.2. TOUT INTÉRÊT DE PARTICIPATION DE LA NATURE DU CAPITAL-ACTIONS	350
4.2.1. Comparaison des termes utilisés	350
4.2.2. Identification et analyse des distinctions entre les expressions.....	350
4.3. SURPLUS	352
4.3.1. Comparaison des termes utilisés	352
4.3.2. Identification et analyse des distinctions entre les expressions.....	352
4.4. PROVISIONS ET RÉSERVES	353
4.4.1. Comparaison des termes utilisés	353
4.4.2. Identification et analyse des distinctions entre les expressions.....	353

4.5.	PASSIF D'IMPÔTS FUTURS ET ANCIEN REPORT CRÉDITEUR D'IMPÔT.....	356
4.5.1.	Comparaison des termes utilisés	356
4.5.2.	Identification et analyse des distinctions entre les expressions.....	356
4.6.	GAINS SUR CHANGE NON MATÉRIALISÉS REPORTÉS	357
4.6.1.	Comparaison des termes utilisés	357
4.6.2.	Identification et analyse des distinctions entre les expressions.....	357
4.7.	DETTE GARANTIE	358
4.7.1.	Comparaison des termes utilisés	358
4.7.2.	Identification et analyse des distinctions entre les expressions.....	358
4.8.	EMPRUNTS EFFECTUÉS ET AVANCES REÇUES.....	361
4.8.1.	Comparaison des termes utilisés	361
4.8.2.	Identification et analyse des distinctions entre les expressions.....	361
4.9.	AUTRE DETTE DE PLUS DE SIX MOIS.....	364
4.9.1.	Comparaison des termes utilisés	364
4.9.2.	Identification et analyse des distinctions entre les expressions.....	365
4.10.	ACCEPTATIONS BANCAIRES MONTRÉES AU PASSIF.....	367
4.10.1.	Comparaison des termes utilisés	367
4.10.2.	Identification et analyse des distinctions entre les expressions.....	367
5.	DÉDUCTIONS AU CAPITAL VERSÉ.....	370
5.1.	DÉFICIT.....	370
5.1.1.	Comparaison des termes utilisés	370
5.1.2.	Identification et analyse des distinctions entre les expressions.....	370
5.2.	ACTIF D'IMPÔTS FUTURS	371
5.2.1.	Comparaison des termes utilisés	371
5.2.2.	Identification et analyse des distinctions entre les expressions.....	371
5.3.	PERTES SUR CHANGE NON MATÉRIALISÉES REPORTÉES	372
5.3.1.	Comparaison des termes utilisés	372
5.3.2.	Identification et analyse des distinctions entre les expressions.....	372

6. RÉDUCTION POUR PLACEMENTS *VERSUS* DÉDUCTION DU CAPITAL VERSÉ.....372

6.1. VALEUR DES PLACEMENTS DANS LES ACTIONS D’AUTRES SOCIÉTÉS..... 372

6.1.1. Comparaison des termes utilisés 372

6.1.2. Identification et analyse des distinctions entre les expressions..... 373

6.2. VALEUR DES PLACEMENTS DANS LES OBLIGATIONS D’AUTRES SOCIÉTÉS..... 373

6.2.1. Comparaison des termes utilisés 373

6.2.2. Identification et analyse des distinctions entre les expressions..... 374

6.3. PRÊTS CONSENTIS ET AVANCES VERSÉES À D’AUTRES SOCIÉTÉS..... 375

6.3.1. Comparaison des termes utilisés 375

6.3.2. Identification et analyse des distinctions entre les expressions..... 375

6.4. ACCEPTATIONS BANCAIRES MONTRÉES À L’ACTIF 377

6.4.1. Comparaison des termes utilisés 377

6.4.2. Identification et analyse des distinctions entre les expressions..... 377

6.5. CRÉANCES GARANTIES, DUES PAR D’AUTRES SOCIÉTÉS 378

6.5.1. Comparaison des termes utilisés 378

6.5.2. Identification et analyse des distinctions entre les expressions..... 379

CONCLUSION 382

ANNEXE 384

INTRODUCTION*

Quelle est la différence entre une grande société et une petite ou moyenne société? D'une manière générale, le concept de capital imposable fédéral et celui de capital versé québécois sont les unités de mesure qui sont retenues aux fins de la politique fiscale pour distinguer ces sociétés. Les règles de calcul du capital versé et du capital imposable demeurent applicables malgré l'abolition, partielle, effective ou graduelle des taxes et impôts sur le capital.

En effet, l'impôt fédéral des grandes sociétés auparavant applicable aux sociétés dont le capital imposable est de plus de 50 M\$ prévu aux articles 181 à 181.71 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹ est aboli. Son « élimination » progressive initialement prévue jusqu'en 2008, puis finalement son « élimination » anticipée le 1^{er} janvier 2006, soit deux ans plus tôt que ce qui était prévu au départ a pour conséquence de limiter la ponction fiscale auprès des grandes sociétés. Toutefois, la mesure du capital imposable demeure pertinente à plusieurs égards. De plus, l'impôt de la Partie VI L.I.R. n'est pas aboli, laissant les « institutions financières » continuer de voir leur capital imposable se calculer en vertu de règles similaires.

L'abolition de la taxe sur le capital du Québec, telle que prévue à la Partie IV de la *Loi sur les impôts*² et applicable aux sociétés qui ont un établissement au Québec, est également prévue, mais seulement pour le 1^{er} janvier 2011. Cette abolition vise également les institutions financières.

La base de calcul de l'impôt fédéral sur le capital des grandes sociétés était le « capital imposable utilisé au Canada pour l'année ». Cet impôt se calculait, d'une manière générale, à partir des états financiers établis conformément aux principes comptables généralement reconnus (ci-après « PCGR ») et en conformité avec les termes de la loi. La base de la taxe sur le capital québécoise est également le « capital versé ».

* L'auteure aimerait remercier M^c Marc Duval de Revenu Québec de ses judicieux commentaires relativement à la rédaction du présent texte.

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

² L.R.Q. c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

Le capital imposable fédéral et le capital versé québécois se calculent à partir des états financiers établis conformément aux PCGR^{3, 4} et en conformité avec les termes de la loi. Toutefois, tant en ce qui a trait à la définition et à l'interprétation de la base de calcul qu'en ce qui a trait aux règles, le calcul du « capital versé » et celui du « capital imposable utilisé au Canada pour l'année » présentent des similitudes et des différences.

Le but premier de ce texte est de délimiter les similitudes et dissemblances pour la détermination du capital versé et du capital imposable des sociétés autres que les institutions financières et de dresser une grille d'analyse pouvant être utilisée préalablement à l'importation de documentation en matière de calcul du capital imposable aux fins d'étudier le capital versé en vertu des règles québécoises.

Bien que des similitudes puissent appeler à des interprétations similaires, une réserve importante doit toutefois être apportée quant aux analyses, éclairages et conclusions du présent texte. En effet, les interprétations données à la législation fédérale par les autorités fiscales fédérales ne sont pas opposables aux autorités fiscales québécoises. En conséquence, il demeure que, pour une disposition identique, Revenu Québec peut retenir l'option interprétative qui lui semble la plus adéquate, indépendamment de celle retenue par son homologue fédéral. Il en est de même des tribunaux que sont la Cour du Québec et la Cour d'appel du Québec, qui ne sont pas liés par les décisions de la Cour canadienne de l'impôt et les arrêts de la Cour d'appel fédérale.

L'abattement de capital, la déduction du premier million de dollars et la déduction pour société manufacturière ne sont pas traités dans le présent texte, puisqu'ils sont à notre avis, et sans avoir à pousser davantage l'analyse, trop différents pour qu'il soit nécessaire d'en analyser les termes et en établir les distinctions. Dans le même ordre d'idées, les étapes de calcul du capital versé qui n'ont aucun équivalent en matière de capital imposable ne sont normalement pas traitées dans la présente analyse, puisque toute comparaison est inutile. Enfin, le calcul du capital versé relativement à un intérêt dans une société de personnes ou une entreprise conjointe n'est pas traité non plus dans le présent texte. Ce sujet serait suffisamment large pour constituer un article à lui seul.

³ Tel qu'il est prévu au sous-alinéa 181(3)b)(i) L.I.R.

⁴ Tel qu'il est prévu à l'article 1131 L.I., le capital versé est celui montré aux « états financiers », et cette notion est définie à l'article 1130 L.I. afin d'en délimiter le sens en fonction de ces principes.

1. MESURES FISCALES UTILISANT LES CONCEPTS DE CAPITAL IMPOSABLE ET DE CAPITAL VERSÉ

Un certain nombre de mesures fiscales ciblant les petites et les moyennes entreprises utilisent le concept de capital imposable ou de capital versé aux fins de déterminer l'admissibilité d'une société donnée. Les règles de calcul du capital imposable et du capital versé ont l'avantage d'être déjà en place.

1.1. DÉDUCTION POUR PETITE ENTREPRISE

La mesure fiscale la plus importante qui utilise ces concepts est la déduction pour petite entreprise (ci-après « DPE »). Au fédéral, l'utilisation du concept se fait relativement à un élément de la formule⁵ applicable quant à la détermination du plafond des affaires⁶.

Il en est de même en ce qui a trait à son équivalent québécois⁷, sous réserve d'ajustements au capital versé⁸.

Tant pour l'un que pour l'autre, la DPE est réduite graduellement lorsque le capital imposable ou le capital versé atteint 10 M\$ et est réduit à néant lorsqu'il atteint 15 M\$.

1.2. CRÉDITS POUR RECHERCHE SCIENTIFIQUE ET DÉVELOPPEMENT EXPÉRIMENTAL

Le crédit d'impôt fédéral à l'investissement relatif à des dépenses admissibles de recherche scientifique et de développement expérimental est l'objet d'une majoration de 15 %⁹ dans certains cas. Ce crédit majoré est

⁵ Figurant au paragraphe 125(5.1) L.I.R.

⁶ Le paragraphe 181.5(4.1) L.I.R. préserve le plafond des affaires de 10 M\$ aux fins du paragraphe 125(5.1), de la définition de « crédit de surtaxe inutilisé » aux paragraphes 181.1(6) et 190.1(5) et du paragraphe 225.1(8) L.I.R. De plus, les paragraphes 181.1(1.2), 181.5(1.1) et 181.5(4.1) L.I.R. prévoient que le taux aux fins du calcul du remboursement de DPE demeure le même que celui utilisé avant le début de la réduction progressive de l'impôt des grandes sociétés.

⁷ Art. 771.2.1.8 L.I.

⁸ Art. 771.2.1.9 L.I.

⁹ Par. 127(10.2) L.I.R.

toutefois limité quant aux « dépenses admissibles » par une formule¹⁰ qui fixe le montant maximal pour ces dépenses à 3 M\$. Ce plafond de 3 M\$ est soumis à une double limitation. En effet, il diminue lorsque le revenu imposable de la société pour l'année d'imposition précédente se situe entre 500 000 \$ et 800 000 \$ ou lorsque son capital imposable l'année précédente représente une valeur allant de 10 M\$ à 50 M\$.

Une limitation semblable existe quant au crédit d'impôt québécois pour recherches scientifiques et développement expérimental¹¹. Toutefois, plutôt que d'être liée au capital versé, la limitation se base plutôt sur un test d'actifs¹².

1.3. DROIT AU RECOUVREMENT D'UNE COTISATION CONTESTÉE ET OPPOSITION

La loi prévoit normalement des restrictions au droit de l'ARC de recouvrer des montants relativement à une cotisation contestée¹³. Ces restrictions ne s'appliquent toutefois pas de la même manière quant aux grandes sociétés¹⁴. Dans leur cas, le législateur a eu recours au concept de capital imposable utilisé au Canada. D'une manière générale, il vise les sociétés dont le total du capital imposable utilisé au Canada excède 10 M\$. Ce capital imposable est considéré à la fin de l'année et s'ajoute au capital imposable utilisé au Canada de toute autre société liée.

Du côté québécois, une définition du concept de grande société, liée à des restrictions au recouvrement¹⁵ semblables à celles existant au fédéral, fait appel au concept de capital versé¹⁶. D'une manière générale, il s'agit des sociétés dont le capital versé est d'au moins 10 M\$.

¹⁰ *Id.*

¹¹ Art. 1029.7.2 L.I.

¹² D'ailleurs, un test d'actifs similaire se retrouve à l'article 1029.8.36.10 L.I. concernant le crédit d'impôt pour le design.

¹³ Par. 164(1.1) et 225.1(1) à 225.1(4) L.I.R.

¹⁴ Par. 225.1(7) L.I.R.

¹⁵ *Loi sur le ministère du Revenu*, L.R.Q., c. M-31 et mod. (ci-après « L.M.R. »), art. 10.1, 12.0.2, 12.0.3, 21.0.1.

¹⁶ Art. 1.2.1 L.M.R.

Tant au fédéral qu'au Québec, le concept de grande société s'applique également aux fins de déterminer le contenu obligatoire de l'avis d'opposition¹⁷. Ainsi, pour les grandes sociétés, un avis d'opposition doit préciser les questions en litige, le montant en litige pour chacune de ces questions, les motifs de l'opposition et **tous** les faits pertinents.

La sanction du non-respect de cette exigence réside surtout dans la limitation du droit d'appel d'une grande société. En effet, l'appel d'une cotisation par une grande société est limité aux questions précédemment soulevées dans un l'avis d'opposition¹⁸.

Enfin, ce même concept de grande société est utilisé aux fins fédérales pour déterminer si une pénalité additionnelle pour non-production de certaines déclarations est applicable. Cette pénalité se calcule d'ailleurs en fonction d'un pourcentage de 0,0005 de son capital imposable utilisé au Canada¹⁹. Il n'existe pas en tant que tel de pendant québécois à cette pénalité.

1.4. ACOMPTES PROVISIONNELS TRIMESTRIELS PLUTÔT QUE MENSUELS

Depuis 2007, les sociétés qui se qualifient à titre de « petite société privée sous contrôle canadien »²⁰ peuvent opter de verser leurs acomptes provisionnels trimestriellement plutôt que mensuellement. Ce concept est en partie basé sur celui de capital imposable utilisé au Canada. Aussi, aux fins de se qualifier, le capital imposable de la société et des sociétés qui lui sont associées ne doit pas excéder 10 M\$²¹.

Cette mesure fédérale a son pendant québécois, bien que celui-ci ne soit pas encore adopté dans une loi à ce jour. En effet, M^{me} Monique Jérôme-Forget, qui était ministre des Finances au cours de cette période, a annoncé son intention d'harmoniser la législation québécoise afin d'intégrer cette mesure²². Par contre,

¹⁷ Par. 165(1.11), 165(1.12), 165(1.13) et 165(1.14) L.I.R. et art. 93.1.2 et 93.1.10 L.M.R.

¹⁸ Par. 169(2.1) L.I.R. et art. 93.1.10 (2^e al.) L.I.

¹⁹ Art. 235 L.I.R.

²⁰ Au sens du paragraphe 157(1.2) L.I.R.

²¹ Par. 157(1.4) L.I.R.

²² QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2007-2008, Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, 24 mai 2007, « Mesures retenues », pp. A.23-A.25.

il est déjà prévu que l'évaluation de la taille de la société se fait en vertu du capital versé plutôt que du capital imposable, lequel ne doit pas excéder 10 M\$.

1.5. RENONCIATION AUX FRAIS D'AMÉNAGEMENT AU CANADA

Par ailleurs, le régime des actions accréditives relatif à l'exploration minière utilise le capital imposable comme unité de mesure. En effet, les sociétés pétrolières et gazières peuvent renoncer à un montant de frais d'aménagement au Canada pouvant atteindre 2 M\$ par année civile²³. Ensuite, ces frais sont réputés être des frais d'exploration au Canada dans les mains des personnes possédant des actions accréditives. Pour qu'un tel choix puisse être exercé, le « montant de capital imposable » de la société qui procède à la renonciation ne peut toutefois pas dépasser 15 M\$²⁴.

De manière similaire, au Québec, les règles équivalentes renvoient plutôt au « montant de capital versé de la société, au moment où la contrepartie est donnée, [qui] n'excède pas 15 000 000\$ »²⁵.

1.6. MESURES INCITATIVES QUÉBÉCOISES

Une mesure incitative pour les producteurs forestiers prend la forme d'un mécanisme de report d'imposition dédié aux propriétaires de boisés privés²⁶. Pour se qualifier, une société doit avoir un capital versé d'au plus 10 M\$ pour son année d'imposition précédente.

Une autre mesure incitative, la déduction pour fabrication et transformation dans les régions ressources²⁷, s'adresse aux petites et moyennes entreprises manufacturières. Afin de cibler ces entreprises, l'aide fiscale n'est accordée qu'aux entreprises dont le capital versé est inférieur à 30 M\$. Lorsque le capital versé d'une société par ailleurs admissible est supérieur à 20 M\$ mais inférieur à 30 M\$, le revenu provenant d'une entreprise admissible qui peut faire l'objet d'un allègement fiscal est alors réduit de façon linéaire.

²³ Aux termes des paragraphes 66(12.601) et 66(12.602) L.I.R.

²⁴ Al. 66(12.601)a.1) L.I.R.

²⁵ Art. 359.2.1 L.I.

²⁶ Art. 726.30 à 726.35 L.I.

²⁷ Art. 737.18.18 à 737.18.26, ainsi que les règles accessoires prévues aux articles 733.0.6 et 771.2.6 L.I.

Enfin, un crédit pour investissement relatif au matériel de fabrication et de transformation québécois²⁸ dont l'annonce remonte au 13 mars 2008²⁹ est modulé en fonction du capital versé. En effet, ce crédit d'impôt est remboursable pour les sociétés dont le capital versé est inférieur à 250 M\$. Entre ce seuil inférieur et un seuil supérieur de 500 M\$ de capital versé, le crédit n'est que partiellement remboursable. Toute partie non remboursable du crédit d'impôt est toutefois reportable. Enfin, le taux est déterminé notamment en fonction du capital versé d'une société.

1.7. AUTRES JALONS

Par contre, d'autres mesures fiscales réservées aux petites et moyennes entreprises utilisent d'autres jalons que le capital imposable ou le capital versé pour délimiter leur application. Un exemple d'une telle mesure est la restriction quant aux remboursements de taxe sur les intrants pour les grandes entreprises³⁰. En effet, l'unité de mesure est plutôt le montant des fournitures taxables. En vertu de ces règles, au-delà d'un seuil de 10 M\$, une société est visée par cette restriction quant à ses remboursements de taxe sur les intrants relatifs à la fourniture de certains biens et services. Ces critères ne sont toutefois pas parfaits puisque, par exemple, ce seuil en fonction du montant des fournitures n'exclut pas les opérations entre sociétés d'un même groupe.

Il est certain que le capital imposable et le capital versé ne sont pas les seuls critères permettant de distinguer des entreprises selon leur taille. Cela est d'autant plus vrai que la ministre des Finances du Québec, alors en fonction, a exprimé durant, l'annonce de l'abolition de la taxe sur le capital en 2012, que « la pertinence de conserver la notion de capital versé pour l'application d'autres mesures sera examinée, et la décision de maintenir ou de remplacer une telle notion au profit d'un autre critère fera l'objet d'une annonce ultérieure »³¹.

Au moment d'écrire ces lignes, aucune annonce ultérieure n'a été faite. Il demeure toutefois une certaine incertitude quant à l'avenir du capital versé comme jalon.

²⁸ Art. 1029.8.36.166.40 à 1029.8.36.166.60 L.I.

²⁹ QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2008-2009, Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, 13 mars 2008, pp. A.68-A.76.

³⁰ *Loi sur la taxe de vente du Québec*, L.R.Q., c. T-0.1 et mod., art. 206.1, tel qu'il se lit nonobstant son abrogation.

³¹ QUÉBEC, ministre des Finances, *op. cit.*, note 22, p. A.13.

2. APPLICATION DES PRINCIPES COMPTABLES GÉNÉRALEMENT RECONNUS

Les PCGR sont applicables aux fins de calculer autant le capital versé que le capital imposable, du moins pour les sociétés autres que les banques et certaines compagnies d'assurances.

En matière de capital imposable, leur application est prévue depuis la mise en place des règles³² en 1989. Ainsi, la loi prévoit qu'ils sont applicables aux fins de déterminer la « valeur comptable d'un des éléments d'actif d'une société ou tout autre montant en vertu de la présente partie afférent au capital d'une société, à sa déduction pour placements, à son capital imposable et à son capital imposable utilisé au Canada »³³. Cette application ne permet qu'une exclusion précise à savoir que la « consolidation et la méthode de comptabilisation à la valeur de consolidation ne peuvent être utilisées »³⁴. Toutefois, une exclusion potentielle est prévue par les termes « sauf disposition contraire de la présente partie »³⁵. Enfin, des termes différents sont utilisés en ce qui concerne les banques et les compagnies d'assurances³⁶, ce qui implique que les PCGR ne leur sont pas en soi expressément applicables, puisque les calculs se font plutôt à partir des montants « qui figurent au bilan accepté par le surintendant des institutions financières » ou l'équivalent provincial.

En matière de calcul du capital versé québécois, les règles initiales ne font pas mention des PCGR. Il faut attendre jusqu'au 12 mai 1994 pour que la règle selon laquelle le capital versé est celui « montré aux livres et aux états financiers soumis aux actionnaires pour cette année d'imposition »³⁷ prévue à la disposition d'assujettissement soit remplacée par la règle voulant qu'il s'agisse

³² En effet, le paragraphe 181(3) a été ajouté par 1990, c. 39, art. 48(1), applicable aux années d'imposition se terminant après juin 1989, tout comme la « partie I.3 [...] s'applique aux années d'imposition se terminant après juin 1989 », tel que le prévoit la règle d'application (L.C. 1990, c. 39, 48(3)).

³³ Par. 181(3) L.I.R.

³⁴ Al. 181(3)a) L.I.R.

³⁵ Al. 181(3)b) L.I.R.

³⁶ Plus précisément « une compagnie d'assurance tenue par la loi de faire rapport au surintendant, ou par le surintendant des assurances ou un autre agent ou autorité semblable de la province où elle est constituée, s'il s'agit d'une compagnie d'assurance tenue par la loi de faire rapport à cet agent ou à cette autorité ».

³⁷ Telle qu'elle est prévue à ce moment à l'article 1131 L.I.

plutôt de celui « montré aux livres et aux états financiers préparés, pour l'année, conformément aux principes comptables généralement reconnus ». Et encore, cette reconnaissance ne s'applique que pour les années d'imposition qui commencent après le 12 mai 1994. Cette règle a ensuite été déplacée, de la disposition d'assujettissement, vers la définition de la notion d'« états financiers »³⁸. Ce déplacement est applicable aux années d'imposition qui se terminent après le 9 mai 1995³⁹.

D'ailleurs, bien que la méthode de consolidation et la méthode de comptabilisation à la valeur de consolidation ne soient pas exclues expressément aux fins du capital versé, il demeure que la jurisprudence en avait limité l'application⁴⁰. Enfin, pour les années d'imposition qui se terminent après le 31 janvier 2007, la définition d'« états financiers »⁴¹ exclut expressément les états financiers consolidés et circonscrit leur conversion en états financiers non consolidés.

Selon la législation actuelle, il ne fait aucun doute que le capital imposable et le capital versé se calculent à partir d'états financiers établis conformément aux PCGR. Tant l'ARC que Revenu Québec sont d'avis que cette expression « réfère aux normes ou principes comptables en vigueur établis par l'Institut canadien des comptables agréés (ICCA), l'autorité reconnue compétente en la matière au Canada »⁴². Toutefois, Revenu Québec n'y voit pas⁴³, contrairement à

³⁸ Telle qu'elle est définie à l'article 1130 L.I.

³⁹ Tel qu'il est prévu par la *Loi modifiant la Loi sur les impôts, la Loi sur la taxe de vente du Québec et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1995, c. 63, art. 238.

⁴⁰ *Ace Finance Corporation ltée c. SMRQ*, [1997] R.D.F.Q. 254, D.F.Q.E. 97F 65 (C.Q.).

⁴¹ Art. 1130 L.I.

⁴² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-532, « Partie I.3 – Impôt des grandes sociétés », 13 octobre 2000, par. 5; « Table ronde sur la taxe sur le capital (fédéral) », dans *Colloque – Fiscalité interprovinciale et taxe sur le capital*, 150, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, question 3, à la page 3:1; *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique 2005-0127081C6, 11 mai 2005, [États financiers conformes aux PCGR américains – Rajustements des postes pour établir le capital imposable utilisé au Canada, selon les PCGR canadiens].

⁴³ QUÉBEC, ministère du Revenu, *Bulletin d'interprétation* IMP. 1131-2/R1, « Capital versé montré aux états financiers », 31 mars 1998, par. 6; « Table ronde sur la taxe sur le capital (Québec) », dans *Colloque – Fiscalité interprovinciale et taxe sur le capital*, 150, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 3:1-7, question 8, à la page 3:7.

l'ARC, une règle aussi absolue et limitée au *Manuel de l'ICCA*, puisqu'il y voit explicitement d'autres principes comptables qui sont « généralement reconnus du fait qu'ils sont appliqués par un nombre important d'entités canadiennes dans des circonstances analogues ». Il va même jusqu'à reconnaître qu'exceptionnellement « il est possible que la bonne présentation d'une situation donnée dans les états financiers ou que la bonne pratique à suivre dans un cas donné ne corresponde pas aux principes comptables généralement reconnus », du moment que la présentation aux « états financiers correspond[e] à la présentation qu'un expert comptable normalement indépendant et adéquatement informé aurait choisi dans les circonstances ».

Même si la législation est claire, il demeure que l'expression « principes comptables généralement reconnus » n'est pas définie en tant que telle dans la loi.

De plus, en matière de capital imposable, une décision rendue en 2006 par le juge en chef Bowman de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Crédit Ford du Canada ltée c. La Reine* et confirmée en 2007 par la Cour d'appel fédérale⁴⁴ tend à donner une interprétation plus large qu'auparavant au renvoi aux PCGR⁴⁵. Il a été décidé que cette disposition renvoie aux PCGR non seulement quant à la détermination de la « valeur comptable » des éléments du capital imposable, tel que cette disposition le mentionne expressément, mais également quant à la qualification des montants⁴⁶.

Enfin, tout comme la comptabilité, les PCGR fluctuent et peuvent être modifiés relativement rapidement. Depuis près d'une décennie, ces changements n'ont pas donné beaucoup de répit aux experts comptables qui doivent les appliquer. Or, en janvier 2006, le Conseil des normes comptables de l'ICCA a adopté un nouveau plan stratégique qui prévoit le « passage vers les Normes internationales d'information financière (International Financial Reporting Standards – IFRS) publiées par l'International Accounting Standards Board (IASB) » en ce qui concerne « l'information financière publiée par les

⁴⁴ 2007 D.T.C. 5431 (C.A.F.); confirmant 2006 D.T.C. 3424 (C.C.I.) (ci-après « *Crédit Ford du Canada* »). Cette décision n'a pas été portée en appel devant la Cour suprême du Canada.

⁴⁵ Prévu au paragraphe 181(3) L.I.R.

⁴⁶ Pour une analyse de cette décision, voir : Julie Hélène TREMBLAY, « La portée du recours aux principes comptables en impôt des grandes sociétés : une analyse de l'arrêt *Crédit Ford du Canada ltée* », (2007-2008), vol. 28, n° 1 *Revue de planification fiscale et successorale*, 59-106.

entreprises canadiennes ayant une obligation publique de rendre des comptes⁴⁷ ».

Ainsi, tant pour le calcul du capital imposable que pour celui du capital versé, les PCGR, tels qu'ils évoluent au fil du temps, sont applicables. La concordance de cette règle sur ces éléments essentiels rend possible certaines comparaisons entre les séries de règles sous-jacentes à ces taxes, puisque le calcul des différents éléments du bilan à partir des mêmes principes comptables fait en sorte que ces taxes sont appliquées à partir des mêmes états financiers. Il demeure toutefois que des arguments différents peuvent être invoqués à cet égard en fonction des courants jurisprudentiels et des interprétations fournies par les autorités fiscales et que cela peut influencer sur les différents éléments du calcul, fussent-ils autrement similaires.

3. RÈGLES DE CALCUL DU CAPITAL IMPOSABLE OU DU CAPITAL VERSÉ

Une fois que les états financiers sont établis, en conformité avec les PCGR, il reste à appliquer les règles de calcul des différents éléments pour parvenir à déterminer le montant du capital imposable et du capital versé.

D'une manière générale, aux fins du calcul du capital imposable d'une société, la mesure est « l'excédent éventuel de son capital imposable utilisé au Canada pour l'année sur son abattement de capital pour l'année⁴⁸ ». Aux fins du calcul du capital versé, il s'agit du « capital versé montré à ses états financiers pour l'année ou, dans le cas d'une banque étrangère autorisée [de] son capital versé pour l'année⁴⁹ ».

À la base quatre distinctions peuvent être constatées. La première a trait à la désignation de la base d'imposition. Le concept de « capital imposable » renvoie d'emblée à une assiette d'imposition, que l'on suppose tributaire de certaines règles, tandis que celui de « capital versé » fait automatiquement penser au capital versé légal. Or, à la base, bien qu'il ne s'agisse que d'une désignation, il demeure qu'à la lumière des règles qui définissent le concept, cette désignation de capital versé apporte davantage de confusion que d'éclairage. Cela est d'autant plus confondant qu'en définitive, d'une manière très générale, la base

⁴⁷ INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS (en ligne : http://www.cica.ca/index.cfm/ci_id/32735/la_id/2/document/1/re_id/0), 1^{er} avril 2007.

⁴⁸ Par. 181.1(1) L.I.R.

⁴⁹ Art. 1131 L.I.

d'imposition est le capital qu'une société utilise elle-même. Ainsi, la distinction quant à la désignation de ces deux concepts n'est que conventionnelle. Toutefois, l'utilisation d'expressions différentes, en fait, est judicieuse en ce qu'elle permet d'en faire la distinction. Enfin, il demeure que les règles sous-jacentes à l'établissement de ces concepts sont les seules à réellement compter et que la distinction terminologique quant aux assiettes fiscales n'a que l'utilité d'alléger les textes qui en traitent afin de les distinguer.

La deuxième distinction qui s'impose a trait à la notion d'abattement de capital. L'abattement de capital est le dernier élément de calcul du capital imposable⁵⁰. Or, jusqu'au 31 décembre 2002, en matière de capital versé, il n'était pas question d'un élément de calcul qui constituait quelque chose de similaire à l'abattement de capital du capital imposable. Toutefois, à ce moment, une exemption progressive du premier million de dollars de capital versé est entrée en vigueur⁵¹. Toutefois, cette exemption n'intervient pas au même niveau que pour le capital imposable, puisqu'il s'agit d'une déduction dans le calcul du capital versé qui intervient avant la réduction pour placements.

Une troisième distinction importante existe au regard de la séquence de calcul de ces deux assiettes d'imposition : la déduction pour placements et la réduction pour placements. La déduction pour placements propre au capital imposable est en fait similaire à une déduction ordinaire du capital imposable, puisqu'un élément déductible l'est entièrement. Ainsi, un placement de 100 \$ dans les actions d'une autre société donne droit à une déduction de 100 \$ dans le calcul du capital imposable. La réduction pour placements propre au calcul du capital versé est en fait une réduction proportionnelle calculée à partir notamment du montant du placement. Ainsi, elle se calcule à partir du montant jusqu'alors obtenu⁵² dans la proportion que représente, par rapport au montant de son actif, l'ensemble des éléments énumérés. Ainsi, la formule utilisée est la valeur des biens admissibles, multipliée par le capital versé établi par ailleurs sur l'actif total. Cette réduction peut équivaloir au montant des placements, dans la mesure où la proportion calculée est de 1. L'effet de cette proportion semble être de tenir compte des éléments de l'actif total qui ne sont pas inclus dans le capital versé établi par ailleurs. Cette réduction proportionnelle peut donc avoir un impact important lorsque la déduction du premier million de dollars de capital versé intervient. Ainsi, les placements sont déductibles dans la même

⁵⁰ Par. 181.1(1) L.I.R.

⁵¹ S.-par. 1137 1)b.1.2) et art. 1137.0.0.2 L.I.

⁵² Après l'application des articles 1136 et 1137 L.I.

mesure qu'une proportion plus ou moins importante des éléments du passif n'est pas incluse dans le capital versé établi par ailleurs.

Une quatrième distinction découle d'une disposition qui ne se retrouve qu'aux fins du calcul du capital imposable. Il s'agit du principe de limitation de la double imposition. En effet, une disposition spécifique⁵³ prévoit qu'à moins d'une intention contraire évidente, aucune disposition « n'a pour effet d'exiger l'inclusion ou de permettre la déduction d'une somme dans le calcul du capital d'une société, de sa déduction pour placements, de son capital imposable ou de son capital imposable utilisé au Canada ». Ce principe est applicable dans la mesure où un même montant est déjà inclus ou déduit.

4. INCLUSIONS AU CAPITAL IMPOSABLE OU AU CAPITAL VERSÉ

4.1. CAPITAL-ACTIONS DE LA SOCIÉTÉ OU CAPITAL-ACTIONS VERSÉ

4.1.1. Comparaison des termes utilisés

Sous-paragraphe 1136 1)a) L.I. : « a) le capital-actions versé [...]. »	Alinéa 181.2(3)a) L.I.R. : « a) le capital-actions de la société [...]. »
---	---

4.1.2. Identification et analyse des distinctions entre les expressions

Les règles de calcul du capital imposable prévoient l'inclusion du « capital-actions de la société⁵⁴ », tandis que celles du capital versé utilisent plutôt l'expression « capital-actions versé⁵⁵ ». Contrairement à l'expression « capital-actions de la société », qui est utilisée communément dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, l'expression « capital-actions versé » n'est utilisée que cinq fois dans la *Loi sur les impôts* et ces occurrences sont concentrées dans la Partie IV. Malgré cette distinction, il demeure que les deux expressions sont similaires et, bien que non définies dans la loi, ont un sens qui leur est commun qui leur vient du droit des sociétés. De plus, le Législateur s'est bien gardé d'utiliser l'expression « capital versé », expression définie par ailleurs dans la loi⁵⁶, qui

⁵³ Par. 181(4) L.I.R.

⁵⁴ Al. 181.2(3)a) L.I.R.; *capital stock* en anglais.

⁵⁵ S.-par. 1136 1)a) L.I.

⁵⁶ Par 89(1) L.I.R.; par. 1570a) L.I.

aurait eu pour effet de retenir le capital-actions tel qu'il est calculé aux fins fiscales. Par ailleurs, il faut se rappeler que ce sont les montants présentés aux états financiers qui sont pertinents. Deux distinctions importantes demeurent : la première a trait à l'interaction des dispositions en matière de capital imposable et du paragraphe 181(3) L.I.R. à l'effet de donner préséance aux règles comptables pour la qualification d'éléments, par rapport aux règles des sociétés; la seconde distinction a trait au terme « versé », qui n'est utilisé qu'aux fins de la disposition québécoise.

L'ARC définit l'expression « capital-actions de la société » dans son principal *Bulletin d'interprétation*⁵⁷ en la matière comme « la valeur comptable des actions de toutes les catégories – y compris les actions ordinaires, les actions privilégiées et les actions de catégorie spéciale – que la société a émises ». Elle mentionne que les souscriptions à recevoir pour les actions en font également partie.

La décision rendue par le juge Bowman de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Crédit Ford du Canada* et, par la suite, celle de la Cour d'appel fédérale la confirmant⁵⁸ donnent un éclairage particulier sur la portée de la notion de « capital-actions » aux fins du capital imposable vu l'application du paragraphe 181(3) L.I.R. Cette affaire s'appliquait toutefois à une institution financière et, par conséquent, était basée sur les règles qui leur sont applicables. Ainsi, des actions privilégiées rachetables, qui font incontestablement partie du capital-actions au sens du droit des sociétés sont considérées, aux fins du calcul du capital imposable, conformément aux PCGR, comme un passif qui n'est pas comptabilisé comme un capital mais plutôt comme une dette. L'ARC a tenté de faire valoir que la norme quant à la qualification du capital-actions est juridique et non comptable. Toutefois, le juge Bowman et par la suite la Cour d'appel fédérale ont décidé que les PCGR doivent être retenus non seulement pour déterminer la valeur comptable, mais également la nature des éléments prévus au paragraphe 181.2(3) L.I.R. Ainsi, ils donnent raison à la contribuable quant au fait que des actions privilégiées rachetables présentées au passif en conformité avec les PCGR ne sont pas à inclure comme capital-actions. Après le jugement de première instance mais avant l'arrêt de la Cour d'appel fédérale, l'ARC s'était exprimée, dans une interprétation technique rendue sur la qualification d'un montant présenté au bilan comme une avance, comme quoi elle continuait d'appliquer sa position que la qualification des montants

⁵⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 42, par. 21.

⁵⁸ Précité, note 44.

présentés au bilan doit être faite en vertu de leur sens juridique⁵⁹, sous réserve de l'issue de l'appel dans l'affaire *Crédit Ford du Canada* qui pourrait faire en sorte que « [...] le résultat pourrait bien être que la qualification de tous les montants présentés au bilan seront déterminés par référence à la terminologie comptable utilisée pour les décrire » [traduction libre].

Toutefois, ayant décidé de ne pas porter l'affaire en Cour suprême du Canada, l'ARC s'est inclinée et a finalement décidé de suivre les conclusions de cette décision⁶⁰.

Bien que la loi québécoise prévoit que les états financiers doivent être conformes aux PCGR, aucune disposition de la *Loi sur les impôts* ne va aussi loin que le paragraphe 181.2(3) L.I.R. au point de permettre que les concepts juridiques soient écartés au profit des concepts comptables quant à la détermination de l'assiette fiscale. Toutefois, le jugement de la Cour du Québec rendu dans l'affaire *A. Amyot & Fils ltée c. Québec (ministère du Revenu)*⁶¹ nous donne à penser qu'une interprétation large et étendue ne pourrait pas être retenue aux fins du calcul du capital versé. En effet, dans cette affaire⁶², la Cour indique qu'une déduction (ou plus précisément une compensation dans ce cas précis) permise par les PCGR n'entraîne pas qu'une déduction soit accordée si la législation ne le prévoit pas.

Bien que Revenu Québec ne se soit pas exprimé clairement à ce sujet, il est peu probable qu'une préséance soit donnée aux concepts comptables par rapport aux concepts légaux.

⁵⁹ *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique 2006-0191831E5, « Part I.3 Tax – Construction Advances », 14 décembre 2006.

⁶⁰ *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique 2008-0305241I7, « Impôt de la Partie I.3 et PCGR », 19 janvier 2009.

⁶¹ [2001] R.D.F.Q. 97 (C.Q.); appel rejeté C.A. Montréal, n° 500-09-010515-013, 2 octobre 2003, j. Barrière.

⁶² En effet, l'arrêt indique que :

« même si les conditions prévues [...] concernant les instruments financiers pouvaient être considérées comme satisfaites [...], il n'en reste pas moins, aux termes de l'article 1136(1) de la Loi, que le prêt [...] devait être inclus pour fins fiscales dans le capital versé et qu'aucune déduction ou réduction n'était alors permise en vertu des articles 1137 et 1138 ».

De son côté, Revenu Québec définit⁶³ l'expression « capital-actions versé » comme désignant « les actions émises par une société, c'est-à-dire les actions à l'égard desquelles les montants de la contrepartie sont réellement payés et reçus par la société ». Les souscriptions à recevoir pour des actions en sont donc exclues et, de manière plus générale, cette expression « exclut les actions non entièrement libérées et payées ». Cette distinction semble découler directement de l'utilisation du terme « versé » dans la disposition québécoise.

4.2. TOUT INTÉRÊT DE PARTICIPATION DE LA NATURE DU CAPITAL-ACTIONS

4.2.1. Comparaison des termes utilisés

Sous-paragraphe 1136 1)a) L.I. : « a) [...] et tout intérêt de participation de la nature du capital-actions. »	Alinéa 181.2(3)a) L.I.R. : « a) [...] (ou, si elle est constituée sans capital-actions, l'apport de ses membres) [...]. »
--	--

4.2.2. Identification et analyse des distinctions entre les expressions

Les règles de calcul du capital imposable utilisent l'expression « ou, si elle est constituée sans capital-actions, l'apport de ses membres », tandis que celles du capital versé utilisent plutôt l'expression « tout intérêt de participation de la nature du capital-actions ». À première vue, il peut être inféré que les termes choisis font en sorte que, par cet énoncé dans le calcul du capital imposable, cette expression ne peut être appliquée qu'aux sociétés constituées sans « capital-actions ». *A contrario*, le capital-actions aux fins du capital versé a une portée potentiellement applicable également aux sociétés constituées avec capital-actions en ce qui concerne certains autres éléments de la nature du capital-actions. Il peut donc facilement être imaginé, quoique aucun exemple ne soit évident, qu'une entité hybride ayant à la fois un capital-actions et des membres pourrait être visée par les règles de calcul du capital versé et non par celles du capital imposable. Quoi qu'il en soit, la disposition fédérale semble clairement viser les coopératives, alors que, du point de vue du capital versé, ces personnes morales doivent avoir un intérêt de participation de la nature du capital-actions. Cela semble donc toutefois similaire. Rappelons d'ailleurs qu'aux fins de la taxe sur le capital du Québec, les coopératives peuvent calculer

⁶³ « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 2001*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 44:1-91, question 3.1., à la page 44:59.

leur capital versé, qu'elles sont assujetties, mais à un taux indéterminé, donc nul⁶⁴.

Toutefois, l'expression fédérale n'a pas seulement le potentiel de viser les coopératives en tant que tel. Le terme « membre » peut également impliquer d'autres entités que des coopératives, par exemple une caisse de crédit ou toute autre société semblable à une coopérative⁶⁵. En matière de capital versé, l'expression en cause ne vise aucunement les caisses d'épargne et de crédit⁶⁶. Certaines compagnies d'assurances peuvent se qualifier à titre de sociétés sans capital-actions aux fins du calcul du capital imposable; toutefois, elles sont visées par une disposition spécifique quant à l'inclusion de leur capital versé. En matière de capital versé, il en est de même, puisque les assureurs sont visés par deux taxes sur le capital qui leur sont propres⁶⁷.

Afin d'analyser si un élément du bilan se qualifie effectivement à titre de « capital-actions », Revenu Québec retient une opinion dominante du droit des sociétés au Québec⁶⁸. Il retient donc trois concepts : l'apport de capital dans le but de profit, mais sans droit de remboursement; un but à atteindre impliquant une accumulation de fonds en vue de la production; et une action à la base du capital-actions qui est la propriété de l'actionnaire de la société qui a une personnalité juridique distincte de celle de ses actionnaires. Bien que cette détermination semble relativement facile à réaliser *a priori*, ces critères sont néanmoins d'une grande utilité pour calculer le « capital versé » des sociétés constituées en vertu de la législation d'un État étranger et dont la structure de capital est particulière.

Les expressions utilisées en matière de calcul du capital imposable et de capital versé eu égard aux intérêts de la nature du capital-actions nous semblent

⁶⁴ Art. 1132 L.I.

⁶⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 42, par. 21.

⁶⁶ En effet, l'article 1141.2.2 L.I. définit de manière quasi limitative le capital versé d'une telle entité.

⁶⁷ Art. 1166 à 1175 L.I., constituant la Partie VI, de même que les articles 1175.1 à 1175.19 L.I., constituant la Partie VI.1, en ce qui concerne les assureurs sur la vie.

⁶⁸ QUÉBEC, ministère du Revenu, « Questions et réponses portant sur la taxe sur le capital prévue à la *Loi sur les impôts* », dans *Table ronde du Comité de la fiscalité de l'Ordre des comptables agréés du Québec*, Montréal, 29 mai 1996, question II-4, « Sens de "tout intérêt de participation de la nature du capital-actions" »; Maurice et Paul MARTEL, *La compagnie au Québec : les aspects juridiques*, vol. I, éd. rév., Montréal, Wilson & Lafleur, pp. 235 à 255.

à ce point dissemblables que tout parallèle nous semble potentiellement plus hasardeux qu'utile. D'ailleurs, en ce qui concerne la décision rendue dans l'arrêt *Crédit Ford du Canada*, étant donné la formulation plus large de l'élément québécois, qui prévoit l'inclusion de « tout intérêt de participation de la nature du capital-actions » et l'absence d'équivalent de règle de préséance comptable aussi large que le paragraphe 181(3) L.I.R. au Québec, nous considérons que cette interprétation irait au-delà de ce que la *Loi sur les impôts* prévoit.

4.3. SURPLUS

4.3.1. Comparaison des termes utilisés

Sous-paragraphe 1136 1)b) L.I. : « b) les surplus [...] » Article 1130, définition de « surplus » « “surplus”: les surplus d’une société, et comprend tout montant par lequel un bien a été évalué en excédent de son coût. »	Alinéa 181.2(3)a) L.I.R. : « a) [...] ses bénéfices non répartis, son surplus d’apport et tout autre surplus à la fin de l’année; »
---	--

4.3.2. Identification et analyse des distinctions entre les expressions

En matière de capital versé, les « surplus », « incluant tout montant par lequel un bien est évalué en excédent de son coût », doivent être ajoutés au capital versé. En ce qui concerne le capital imposable, il faut ajouter les « bénéfices non répartis, son surplus d'apport et tout autre surplus à la fin de l'année ». La première impression à la suite d'une lecture comparative de ces deux énoncés est qu'ils ne sont pas structurés de la même façon. Les règles de calcul du capital versé n'utilisent que le terme « surplus » pour décrire ce que celles du capital imposable font de manière plus détaillée en énumérant certaines composantes implicites et en utilisant une expression générique, c'est-à-dire « tout autre surplus ».

Par ailleurs, aux fins du capital versé, la définition de « surplus » semble ajouter au sens courant de ce terme en ce qu'elle prévoit l'ajout de tout « montant par lequel un bien a été évalué en excédent de son coût ». Il n'y a pas d'équivalent à cette précision en matière de capital imposable. Cette question est d'autant plus pertinente en ce qui a trait au nouvel état financier qu'est l'état du **résultat étendu**, plus particulièrement quant au « cumul des autres éléments du résultat étendu » actuellement présenté dans les capitaux propres. La question

consisterait à déterminer si un tel montant du point de vue comptable peut constituer un surplus. Interpellée à ce sujet, l'ARC a indiqué que ce n'est pas le cas⁶⁹.

4.4. PROVISIONS ET RÉSERVES

4.4.1. Comparaison des termes utilisés

Sous-paragraphe 1136 1)b) L.I. : « b) les [...] provisions et réserves, sauf celles pour amortissement ou épuisement, celles qui sont permises par la partie I dans la mesure où elles ont été déduites dans le calcul du revenu en vertu de cette partie et celles pour pertes, à l'égard d'un contrat de location ou de crédit-bail, qu'une société qui exerce des activités de location ou de crédit-bail ne peut déduire dans le calcul de son revenu en vertu de cette partie ».	Alinéa 181.2(3)b) L.I.R. : « b) ses réserves pour l'année, sauf dans la mesure où elles sont déduites dans le calcul de son revenu pour l'année en vertu de la partie I » Paragraphe 181(1) « réserves » L.I.R. : « “réserves” : Montant à la fin d'une année d'imposition constitué de l'ensemble des réserves et provisions d'une société, [...]. En sont exclus l'amortissement cumulé et les provisions pour épuisement. »
--	--

4.4.2. Identification et analyse des distinctions entre les expressions

Quatre éléments sont importants en ce qui concerne les provisions et les réserves : le premier est le terme « réserves », le deuxième est le terme « provisions », le troisième élément est l'exclusion qui concerne les provisions et réserves dont la déduction est permise par la Partie I L.I.R. dans la mesure où elles sont effectivement déduites et, enfin, le quatrième est l'exclusion des montants pris à titre d'amortissement ou épuisement aux fins comptables.

⁶⁹ La question a été soulevée, quoique de façon imprécise, voir « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp. 48:1-98, question 31, aux pages 48:75-76. L'hypothèse selon laquelle « le terme tout autre surplus utilisé à l'alinéa 181.2(3)a) L.I.R. ne se limite pas aux surplus d'un point de vue comptable et pourrait comprendre tout montant par lequel un bien a été évalué en excédent de son coût » est soulevée. Toutefois, la question de l'APFF porte précisément sur le « cumul des autres éléments du résultat étendu » et en soi ne requiert pas la validation de l'hypothèse sur l'inclusion des surplus de réévaluation et la réponse de l'ARC se limite à indiquer que les « autres éléments » analysés ne sont pas « un surplus d'un point de vue comptable ».

Ces éléments se retrouvent autant en ce qui concerne le capital versé que le capital imposable.

Le terme « réserves » est utilisé aussi bien aux fins du capital versé que du capital imposable. Toutefois, aux fins du capital imposable, il est expressément défini afin d'englober à la fois l'ensemble des réserves, mais également l'ensemble des provisions; tandis que, aux fins du capital versé, la loi utilise l'expression « provisions et réserves », qui est suffisamment large pour inclure un tel ensemble.

Quant au terme « provisions », la seule nuance utile est que la mécanique législative n'est pas formellement identique, quoiqu'elle soit au même effet. Aux fins du calcul du capital imposable, le Législateur allège le texte en assimilant définitoirement les provisions aux réserves. Similairement, aux fins du calcul du capital versé, l'utilisation de l'expression « provision et réserves » est sensiblement au même effet. Étant incluses distinctement, nul n'est besoin de déterminer avec rigueur si un montant réduisant l'actif est une « provision » ou une « réserve », puisque du moment qu'il s'agit de l'une ou de l'autre elle doit être incluse dans le calcul du capital versé.

Pour ce qui est du troisième élément, les règles sont similaires de part et d'autre. Tant les règles de calcul du capital imposable que celles du capital versé prévoient en des termes similaires qu'une provision ou réserve ne doit pas être incluse lorsque leur déduction est permise par la Partie I de la loi dans la mesure où leur déduction est réclamée.

Enfin, le quatrième élément concerne l'exclusion des montants pris à titre d'amortissement ou épuisement aux fins comptables. Il est visé par des termes similaires pour le capital imposable et le capital versé. Ainsi, aux fins du capital imposable, il est fait mention de « l'amortissement cumulé et les provisions pour épuisement » tandis qu'aux fins du capital versé, il est fait mention de « celles pour amortissement ou épuisement ». Bien que le terme « cumulé » ne soit pas utilisé aux fins du capital versé, sa présence est implicite. Par ailleurs, tant pour le capital imposable que pour le capital versé, il s'agit de l'amortissement aux fins comptables et non aux fins fiscales.

L'interaction entre ces divers éléments, ainsi qu'avec la notion de « prêts et avances », a fait l'objet d'un débat important dans l'affaire *Oerlikon*

*Aérospatiale inc. c. La Reine*⁷⁰. Dans cette affaire, Oerlikon Aérospatiale inc. avait reçu une avance sur contrat substantielle. Aux fins fiscales, ce montant avait été inclus dans le revenu, mais il avait été déduit à titre de provision relative à certaines marchandises et à certains services⁷¹. Aux fins comptables, le montant des avances est présenté comme un passif, sauf en ce qui concerne la partie de ce montant qui est déjà facturée aux clients. Bien que la provision fiscale soit correcte, il n'en demeure pas moins que, par rapport au bilan, le montant en cause est présenté comme un prêt-acompte et non comme une provision. Or, le montant en cause en tant que tel, dans le bilan et donc sur le plan comptable, n'est pas une provision ou une réserve, mais plutôt une avance, et ce, indépendamment de son traitement fiscal. Le juge Archambault, tel que ses propos ont été retenus par la Cour d'appel fédérale, considère que « l'on doit retenir la notion comptable des expressions "réserves" et "provisions" ». Cette décision est maintenue en appel, bien que la Cour d'appel fédérale précise que les réserves fiscales ne pouvaient être exclues, « à prime abord » comme le juge de la Cour canadienne de l'impôt semble l'avoir fait, du sens du terme « réserves » tel que défini. Par contre, l'effet de l'interprétation retenue demeure que « seules les réserves comptables qui n'ont pas donné lieu à une déduction sous la partie I doivent être ajoutées dans le calcul du capital ». Par contre, le juge Marc Noël a ajouté un commentaire très intéressant :

« L'on remarque que l'alinéa b) exige l'inclusion des "réserves" dans le calcul du capital sauf si elles sont déduites sous la partie I. Pour bien comprendre l'effet de cette exclusion, il faut savoir qu'une réserve sous la partie I est optionnelle et qu'elle ne prend naissance que dans la mesure où elle est déduite sous cette partie [...]. L'effet de l'alinéa 181.2(3)b) est donc d'exclure toutes les réserves réclamées sous la partie I du calcul du capital d'une corporation, laissant ainsi à inclure que les réserves comptables qui n'ont pas donné lieu à une déduction pour fins fiscales. Ainsi, une réserve comptable qui est aussi susceptible de donner lieu à une réserve fiscale est exclue de ce calcul dans la mesure où elle a été déduite sous la partie I. »

Il fait ainsi la distinction entre les réserves prévues par la loi et celles utilisées en comptabilité.

Cet arrêt de la Cour d'appel fédérale s'est d'ailleurs intégré à la jurisprudence fiscale québécoise, notamment dans l'arrêt *Journaux*

⁷⁰ 99 D.T.C. 5318 (C.A.F.); confirmant 97 D.T.C. 694 (C.C.I.) (ci-après « *Oerlikon Aérospatiale* »). L'autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada a été rejetée le 11 mai 2000 (dossier n° 27352).

⁷¹ Al. 20(1)m) L.I.R.

*Trans-Canada (1996) inc. c. SMRQ*⁷² rendu par la Cour d'appel du Québec, qui non seulement suit le même raisonnement, mais s'emploie à le concilier avec les autres jugements rendus en vertu de la *Loi sur les impôts*. Enfin, Revenu Québec⁷³ reconnaît cette décision et considère que la position qu'il exprime dans le *Bulletin d'interprétation* IMP. 1136-1/R7⁷⁴ rejoint celle exprimée dans l'affaire *Oerlikon Aérospatiale*.

L'analyse comparative de chacun de ces éléments nous porte donc à penser que ces dispositions sont similaires au point de pouvoir facilement transposer la jurisprudence et les positions des autorités fiscales de l'une vers l'autre.

4.5. PASSIF D'IMPÔTS FUTURS ET ANCIEN REPORT CRÉDITEUR D'IMPÔT

4.5.1. Comparaison des termes utilisés

Sous-paragraphe 1136 1)b.0.1) L.I. : « b.0.1) le passif d'impôts futurs; »	Paragraphe 181(1) « réserves » L.I.R. : « “réserves” : [...], y compris les réserves pour impôts reportés. [...] »
--	--

4.5.2. Identification et analyse des distinctions entre les expressions

Le passif d'impôt futur et l'ancien report crédateur d'impôt sont clairement à inclure dans le calcul, tant pour le capital imposable que pour le capital versé. En ce qui a trait au capital imposable, les termes indiquent que les « réserves pour impôts reportés » sont à inclure en tant que réserves⁷⁵. Le capital versé⁷⁶ en prévoit l'inclusion en tant qu'élément spécifique. Bien que des amendements aient pu permettre d'en arriver à cet état de la législation, nous n'en faisons pas ici l'historique.

⁷² [2005] R.D.F.Q. 5, D.F.Q.E. 2005F-1 (C.A.) (ci-après « *Journaux Trans-Canada (1996)* »).

⁷³ « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 99*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2000, pp. 45:1-80, question 3.1., à la page 45:45.

⁷⁴ QUÉBEC, ministère du Revenu, *Bulletin d'interprétation* IMP. 1136-1/R7, « Avances sur contrat », 30 juillet 1999.

⁷⁵ En raison de la précision ajoutée à la définition de « réserve » prévue au paragraphe 181(1) L.I.R.

⁷⁶ S.-par. 1136 1)b.0.1) L.I.

Il ne semble pas y avoir de distinction entre le calcul du capital imposable et celui du capital versé à ce niveau. Aussi, puisqu'il ne s'agit que d'une notion comptable qui n'a aucun sens en dehors de ce domaine, la détermination de ce qui est à inclure à ce titre est essentiellement une question comptable à laquelle il est possible de répondre en se basant sur les PCGR.

4.6. GAINS SUR CHANGE NON MATÉRIALISÉS REPORTÉS

4.6.1. Comparaison des termes utilisés

Sous-paragraphe 1136 1)b.3) L.I. : « b.3) les gains sur change non matérialisés reportés de la société à la fin de l'année d'imposition; »	Alinéa 181.2(3)b.1) L.I.R. : « b.1) ses gains sur change non réalisés reportés à la fin de l'année; »
--	---

4.6.2. Identification et analyse des distinctions entre les expressions

Bien que les versions françaises en matière de capital versé et de capital imposable utilisent respectivement les expressions « non matérialisés » et « non réalisés » qui sont relativement équivalentes, les versions anglaises respectives utilisent le même terme *unrealized*. Par ailleurs, la terminologie utilisée est exactement la même.

En ce qui concerne l'inclusion des gains sur change non matérialisés reportés, il n'y a pas de distinction à signaler entre le capital versé et le capital imposable.

4.7. DETTE GARANTIE

4.7.1. Comparaison des termes utilisés

Sous-paragraphe 1136 1)c) L.I. : « c) une dette contractée ou assumée par elle dont le paiement est garanti, en partie ou en totalité, par un bien de la société, autre qu'une dette contractée ou assumée par elle depuis six mois ou moins et qui est soit un compte fournisseur payable en contrepartie de l'acquisition d'un bien ou de la prestation d'un service, soit une taxe payable relativement à l'acquisition d'un bien ou à la prestation d'un service lorsque cette acquisition ou prestation est à l'origine d'un compte fournisseur ou serait à l'origine d'un compte fournisseur si la contrepartie pour cette acquisition ou prestation était impayée; »	Alinéa 181.2(3)d) L.I.R. : « d) ses dettes à la fin de l'année sous forme d'obligations, de créances hypothécaires, d'effets, [...] ou de titres semblables; »
--	---

4.7.2. Identification et analyse des distinctions entre les expressions

À première vue, les similitudes entre ces dispositions « concordantes » en matière de calcul du capital versé et du capital imposable ne sont pas évidentes. Toutefois, une analyse de l'évolution de la disposition québécoise nous permet de constater qu'en 1997, la disposition en cause⁷⁷ a été modifiée substantiellement, du moins quant à sa forme. Ainsi, cette partie de la disposition en matière de calcul du capital versé ne vise maintenant plus qu'une « dette contractée ou assumée par elle dont le paiement est garanti [...] par un bien de la société » qui n'a plus à être représentée par « une obligation, une hypothèque, une obligation à intérêt conditionnel, un droit de gage ou par tout autre titre de créance ». En l'absence d'annonce officielle sous-jacente à cette modification, il semble que cette énumération ne valait que pour donner des exemples de dettes garanties par un bien de la société et non pour en élargir le sens.

Tout d'abord, en matière de calcul du capital imposable, les dettes à la fin de l'année doivent être ajoutées au capital imposable lorsqu'elles sont « sous

⁷⁷ S.-par. 1136 1)c) L.I.

forme d'obligations, de créances hypothécaires, d'effets ou de titres semblables ». La version anglaise est très éloquentة lorsqu'elle utilise les termes *bonds, debentures*; du fait qu'une débenture est par définition non garantie, elle semble impliquer que la dette n'a pas à être garantie pour devoir être incluse au capital imposable en vertu de cette disposition. L'ancienne énumération en matière de capital versé vise moins similairement les obligations (terme rendu uniquement par *bond* dans la version anglaise). Il en est de même du terme « hypothèque ». Puis, l'énumération en matière de capital versé prévoit les « obligations à intérêt conditionnel » et le « droit de gage », alors que l'équivalent en matière de capital imposable vise autrement « les effets » (*notes* en anglais). Enfin, l'énumération pour chacun se termine soit par « ou par tout autre titre de créance » ou par « ou de titres semblables », ce qui dans un autre contexte aurait pu être très équivalent.

Enfin, une exception en ce qui a trait aux comptes fournisseurs de moins de six mois est prévue par la disposition en matière de capital versé et aucun équivalent officiel ne se retrouve à ce titre en matière de capital imposable.

Tout d'abord, quant à l'amendement de 1997 en matière de capital versé à l'effet de retrancher l'énumération impliquant l'application de la règle *esjudem generis* : notre analyse nous porte à penser qu'auparavant, les concepts énumérés n'étaient pas essentiels à l'économie de cette disposition. Cet amendement découlerait donc de modifications d'ordre technique apportées à l'occasion d'un amendement consécutif à une mesure budgétaire⁷⁸. Ainsi, à cette occasion, la référence aux concepts d'« obligation », d'« obligation à intérêt conditionnel » et de « tout autre titre de créance » est supprimée. Nos recherches⁷⁹ nous portent à croire que les termes retranchés ont potentiellement été jugés superflus ou non appropriés dans le contexte. Cette modification est donc, à notre sens, apportée pour des raisons d'ordre technique. D'autre part, la formulation de cette disposition utilisée avant 1996 était potentiellement ambiguë⁸⁰. Est-ce qu'une

⁷⁸ QUÉBEC, ministre des Finances, *Budget 1996-1997, Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, 9 mai 1996, Annexe A, « Précisions relatives à l'inclusion des dettes garanties aux fins du calcul du capital versé », p. 107.

⁷⁹ Pour ne citer que cette réponse à une question : QUÉBEC, ministère du Revenu, *op. cit.*, note 68, question II-3.

⁸⁰ En effet, l'expression « garantie par un bien de la société » située à la fin plutôt qu'au début semble, d'après l'interprétation qui lui a été donnée, s'accorder avec le terme « dette », mais aurait pu être interprété comme s'accordant avec le terme « créance ». De plus, le terme « obligation » en raison notamment de sa traduction par le terme *bond* dans la version anglaise aurait pu être interprété comme limité à des obligations et débentures (qui par définition ne sont pas garanties), plutôt qu'au terme « obligation » au sens du droit civil.
(à suivre...)

« obligation » est encore systématiquement visée par cette disposition en matière de capital versé? Probablement que non s'il s'agit d'une obligation au sens du droit des sociétés, puisque par définition une obligation est un terme qui inclut le concept de débenture et que, par conséquent, une obligation n'est pas nécessairement garantie par un bien de la société qui l'émet. Tel que la version anglaise précédemment exposée le donne à penser, une débenture ne l'a d'ailleurs probablement jamais été. Est-ce que cette disposition vise encore les « créances hypothécaires »? Oui, puisque le *Code civil du Québec*⁸¹ prévoit expressément qu'une hypothèque est un droit réel sur un bien⁸². Par conséquent, la créance hypothécaire est garantie par un bien de la société, dans la mesure où il s'agit effectivement d'un bien dont la société est propriétaire. Vise-t-elle encore les « obligations à intérêt conditionnel », les « droits de gage » et « tout autre titre de créance »? Cela semble dépendre du fait que la dette sous-jacente soit garantie ou non. Par contre, pour toutes les dettes, la réponse à ces questions devient académique du moment qu'elles existent depuis plus de six mois, puisqu'elles sont alors visées par une autre disposition d'inclusion⁸³.

La similitude entre ces dispositions en matière de calcul du capital versé et du capital imposable est donc limitée. En effet, tandis que la mesure en matière de capital versé prévoit que toutes les dettes qui sont garanties, sauf exceptions, sont à inclure, la mesure en matière de capital imposable prévoit l'inclusion de certaines dettes qu'elles soient garanties ou non pourvu qu'elles soient de la « nature » circonscrite non limitativement par l'application de la règle *esjudem generis*. Bien qu'il demeure que ces dispositions peuvent être vues comme des concordances, la disposition en matière de capital imposable est potentiellement plus large que celle en matière de capital versé, puisque dès qu'un titre constatant une dette est semblable à une obligation, à une créance hypothécaire, à un effet ou à une acceptation bancaire, elle doit être incluse, sans égard au fait qu'elle soit garantie ou non.

Enfin, l'exception en matière de capital versé qui vise à exclure les comptes fournisseurs de moins de six mois garantis par un bien de la société n'a pas d'équivalent officiel en matière de capital imposable. Toutefois, cela n'implique

(...suite)

D'ailleurs, l'utilisation de l'expression « obligation à intérêt conditionnel » faisait double emploi avec le terme « obligation » puisqu'il s'agit d'une catégorie d'obligations.

⁸¹ L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

⁸² Art. 2660 C.c.Q.

⁸³ S.-par. 1136 1)e) L.I.

pas qu'ils doivent être inclus, puisqu'au contraire ils ne sont pas visés par la règle puisqu'ils ne sont généralement pas sous forme d'obligations, de créances hypothécaires, d'effets, d'acceptations bancaires ou de titres semblables. Ils se retrouvent plutôt inclus dans le capital imposable lorsqu'une autre règle entre en application lorsqu'ils sont dus depuis plus de 365 jours⁸⁴.

Ces concordances ne sont donc pas d'application suffisamment similaire pour que l'on puisse facilement importer une analyse faite pour l'une, en vue d'interpréter l'autre.

4.8. EMPRUNTS EFFECTUÉS ET AVANCES REÇUES

4.8.1. Comparaison des termes utilisés

Sous-paragraphe 1136 1d) L.I. : « d) les prêts et avances consentis directement ou indirectement à la société; »	Alinéa 181.2(3)c) L.I.R. : « c) les prêts et les avances qui lui ont été consentis à la fin de l'année; »
---	--

4.8.2. Identification et analyse des distinctions entre les expressions

Cette expression est composée de trois éléments en ce qui concerne le calcul du capital versé : le premier est l'expression « prêts et avances »; le deuxième est que ce prêt ou cette avance doit « être consenti à la société » et donc que la société doit en être la bénéficiaire; troisièmement, le prêt ou l'avance doit être inclus même s'il est consenti indirectement à la société. En ce qui concerne le calcul du capital imposable, les deux premiers éléments sont applicables, tandis que le troisième ne l'est pas explicitement; par contre, une précision est apportée, et constitue un quatrième élément, mais qui est propre au capital imposable, selon lequel le prêt doit être consenti « à la fin de l'année », c'est-à-dire qu'il doit s'agir d'un montant dû à la fin de l'année à ce titre⁸⁵.

Le premier élément semble simple à comparer à première vue. La terminologie est exactement la même. Dans l'affaire *Oerlikon Aérospatiale*⁸⁶, la notion de prêt et d'avance est analysée à la lumière des définitions comptables et

⁸⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 42, par. 38.

⁸⁵ Cela est surtout clair à la lecture de la version anglaise.

⁸⁶ Précité, note 70, p. 704 du jugement de première instance.

juridiques. Pour le terme « prêt », le juge de première instance constate que la définition retenue correspond à la notion de droit civil. Il constate toutefois que le terme « avance » peut avoir le sens de « avance-prêt » et de « avance-acompte ». Par contre, il rejette l'argument qu'un acompte doit constituer un prêt pour constituer un « prêt ou avance » à inclure dans le capital versé. Il constate que la mention de ces deux termes en conjonction implique que l'expression qu'elle forme vise « à la fois les prêts et les acomptes ». De plus, la Cour d'appel fédérale mentionne dans son jugement pour l'affaire *Oerlikon Aérospatiale*⁸⁷ que les sous-paragraphes 1136 1)b) et 1138 1)b) L.I. jouent un rôle équivalent à celui des alinéas 181.2(3)c) et 181.2(4)b) L.I.R.

Dans l'affaire *Journaux Trans-Canada (1996)*⁸⁸, avec des arguments semblables à ceux retenus dans le jugement *Oerlikon Aérospatiale*, la contribuable a tenté de ne pas inclure les montants comptabilisés au titre des abonnements. Se basant sur l'affaire *Oerlikon Aérospatiale*, le juge a donné raison à Revenu Québec et a considéré que ces montants constituaient une « avance » et devaient être ajoutées au capital versé à ce titre.

En ce qui concerne le deuxième élément, tant les règles de calcul du capital imposable que celles concernant le capital versé utilisent le terme « consenti » dans le sens qui implique que la société doit en être la bénéficiaire.

Pour le troisième élément, les dispositions au titre du calcul du capital versé mentionnent expressément que le prêt ou l'avance doit être inclus même s'il est consenti indirectement à la société. Ce caractère indirect du prêt ne semble pas avoir d'équivalent exact quant au calcul du capital imposable.

Pour le quatrième élément, selon lequel le prêt doit être consenti « à la fin de l'année », c'est-à-dire qu'il doit s'agir d'un montant dû à la fin de l'année à ce titre, cette précision n'est explicite que pour le calcul du capital imposable. Or, l'article 1130 L.I. précise que cette règle est applicable au « capital versé pour l'année » et donc, en ce qui concerne le bilan d'une société, c'est celui à la date de la fin de l'année d'imposition. Cette précision semble donc implicite en matière de calcul du capital versé.

Ainsi, en ce qui concerne les quatre éléments importants, trois ne semblent pas receler de différence significative. Toutefois, le troisième élément pourrait

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ Précité, note 72.

être porteur d'une distinction. Un jugement récent de la Cour du Québec fournit indirectement un exemple de l'effet que peut avoir le terme « indirectement ».

En effet, dans l'affaire opposant La Senza inc.⁸⁹ au Sous-ministre du Revenu du Québec, il a été décidé qu'une entente similaire à un contrat de crédit-bail où la contribuable qui, dans un premier temps, vend ses équipements à une institution financière, puis, dans un deuxième temps, loue ces équipements de cette même institution et, dans un troisième temps, les réacquiert à l'expiration du bail pour un pourcentage minime ou un montant nominal. Le juge Aznar indique d'abord que ces contrats « ne peuvent être qualifiés de "crédit-bail" tels que définis au *Code civil du Québec*, il est indéniable que ces contrats sont avant tout des contrats dont l'objectif est de permettre à la requérante d'obtenir du financement ». Par la suite, le juge va plus loin et, invoquant l'arrêt *Shell Canada ltée c. La Reine*⁹⁰, voit un « trompe-l'œil » dans la prétention « que le rôle des institutions financières était limité à celui d'un simple fournisseur de biens locatifs ». Finalement, il qualifie cette relation contractuelle de prêt au motif que « les contrats conclus entre la requérante et les institutions financières sont de la nature d'un contrat de crédit-bail » et que « l'opération financière orchestrée par les parties (*sale lease back arrangements*) constitue un contrat assimilable à un contrat de prêt ». Par la suite, la Cour d'appel du Québec n'y voit toutefois pas de trompe-l'œil mais requalifie le contrat de *leaseback* ou *sale-leaseback*, terme que l'on peut traduire par « contrat de cession-bail » ou encore « vente avec retour locatif ». Or, ce type de contrat confère à l'emprunteuse « toute la responsabilité qui, autrement, incomberait aux institutions financières à titre de propriétaire, notamment au chapitre des garanties et de la jouissance ». Ainsi, malgré la présence simultanée de plusieurs contrats qui ne seraient pas survenus l'un sans l'autre, l'objet juridique même du contrat qui unit La Senza inc. et « ses divers cocontractants, c'est-à-dire l'opération juridique envisagée, est une cession-bail, un contrat innommé au *Code civil du Québec* mais qui forme un tout dont découlent les diverses prestations réciproques des parties ». La Cour souligne alors au sujet de la disposition d'inclusion qui nous intéresse que « ce dernier point est fort important en ce que le législateur [...] vise explicitement le prêt « direct » mais aussi le prêt « indirect », qui ne s'affiche donc pas comme tel mais peut être déduit des relations entre les parties ». Par ailleurs, la juge Bich laisse cette analyse en suspens avant de conclure qu'un tel contrat est certainement une dette à terme suspensif dès sa conclusion et que, par

⁸⁹ *La Senza inc. c. SMRQ*, [2005] R.D.F.Q. 288, D.F.Q.E. 2005F-101 (C.Q.); confirmé en appel D.F.Q.E. 2007F-102 (C.A.).

⁹⁰ 99 D.T.C. 5682 (C.S.C.) (ci-après « *Shell Canada* »).

conséquent, elle est visée par une autre disposition. À notre avis, le terme « indirectement » pouvait à lui seul permettre de parvenir à la même conclusion en se basant uniquement sur les termes de la disposition pertinente. En effet, dans le but d'obtenir des liquidités pour le fonctionnement de son entreprise, la société a demandé et obtenu l'équivalent d'un emprunt. Que l'emprunt ait été obtenu comme partie d'une série d'opérations de vente, de location et, finalement, de rachat ne fait que concourir à ce qu'un « prêt » soit consenti indirectement.

Une telle décision n'aurait pu être rendue en matière de capital imposable, et ce, pour plusieurs motifs. Le premier motif est que la position de l'ARC⁹¹ est de ne pas tenter d'inclure les montants comptabilisés au titre de contrats de location qui prévoient le transfert au preneur de la totalité des avantages et risques inhérents à la propriété du bien. Le deuxième est que l'alinéa 181.2(3)f) L.I.R. prévoit une exclusion spécifique pour les dettes afférentes à un bail. Enfin, le troisième est que la lecture de l'arrêt *Shell Canada* par l'ARC l'a amenée à reconnaître la forme juridique des contrats de location même lorsque leur substance est davantage d'une autre nature et que ce constat a même impliqué le retrait du *Bulletin d'interprétation* IT-233R⁹².

En conclusion, le terme « indirectement » pourrait être interprété comme une différence significative entre les dispositions équivalentes québécoise et fédérale. De plus, il ne faut pas négliger, dans de telles situations comme pour toute question d'ailleurs, les interactions avec d'autres dispositions applicables en matière de capital imposable, telles que l'exclusion pour les dettes afférentes à un bail.

4.9. AUTRE DETTE DE PLUS DE SIX MOIS

4.9.1. Comparaison des termes utilisés

Sous-paragraphe 1136 1)e) L.I. :	Alinéa 181.2(3)f) L.I.R. :
« e) toute autre dette dans la mesure où elle existe depuis plus de six mois; »	« f) toutes ses autres dettes, sauf celles afférentes à un bail, à la fin de l'année qui sont impayées depuis plus de 365 jours avant la fin de l'année; »

⁹¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 42, par. 13.

⁹² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 21, 14 juin 2001.

4.9.2. Identification et analyse des distinctions entre les expressions

La première distinction entre ces dispositions est que les « autres dettes » n'ont à être ajoutées au capital imposable que si, à la date du bilan, elles existent depuis plus de 365 jours, plutôt que plus de six mois en matière de calcul du capital versé. Cette distinction ne pose pas de difficulté en soi, bien que la règle québécoise intervienne plus rapidement que celle du fédéral et donc pour potentiellement un plus grand nombre d'« autres dettes ».

La durée minimale d'existence est importante, toutefois le point de départ de cette durée est également important. Aussi, la deuxième distinction qu'il nous semble opportun de mentionner est l'utilisation du terme « existe » en matière de capital versé, comparativement à l'expression « qui sont impayées » en matière de capital imposable. La version anglaise de cette dernière expression est *that has been outstanding*. Cette distinction n'a pas été soulevée dans la doctrine fiscale⁹³, à notre connaissance. En revanche, il est utile de souligner que la question de l'existence d'une dette est un concept de droit civil. En l'occurrence, l'article 1371 C.c.Q. définit l'essence d'une « obligation », prévoit qu'il doit y avoir des personnes entre qui elle existe, et, lorsqu'il s'agit d'une obligation qui découle d'un acte juridique, « une cause qui en justifie l'existence ». Ainsi, dès qu'une obligation est prévue, elle existe, indépendamment de son exigibilité ou du fait qu'elle soit exécutée ou impayée. La disposition en matière de calcul du capital versé est donc susceptible de s'appliquer à une dette qui a été contractée ou qui a autrement pris naissance depuis plus de six mois. D'ailleurs, il serait pertinent de se questionner sur l'effet de la nullité⁹⁴ sur le calcul du capital versé puisqu'elle implique que la dette est réputée n'avoir jamais existé. Il pourrait alors s'agir d'un élément postérieur à la date du bilan et les règles comptables pourraient intervenir, s'il s'avérait que l'obligation n'existait finalement pas. Est-ce que l'exigence en matière de calcul du capital imposable quant au caractère impayé de la dette empêche que le calcul du délai se fasse à partir de la naissance de la dette, puisqu'il n'est pas mentionné que la dette doit être payable, mais seulement « impayée ». L'analyse de cet élément doit se faire également à l'aide de la version anglaise, *that has been outstanding*, qui peut être traduite de plusieurs

⁹³ Voir, par exemple, à cet effet : Carl F. STEISS, « Planification concernant la taxe sur le capital et l'impôt de la Partie I.3 », (1993), vol. 15, n° 1 *Revue de planification fiscale et successorale* 319-390; en particulier sous le point 3.13., où l'on parle indistinctement de billets promissaires payables à demande « émis ».

⁹⁴ Art. 1422 C.c.Q.

façons⁹⁵, notamment comme « non exécutée ». Dans la disposition québécoise, le terme « existe », qui est utilisé, est plus simple, plus large et surtout sans équivoque, il ne nous semble pas utile d'analyser davantage ces expressions pour déterminer dans quelles situations elles pourraient être porteuses de distinctions.

La troisième distinction a plutôt trait au caractère résiduaire de ces dispositions. En effet, ces règles ont en commun de prévoir à un moment donné l'ajout de toutes les dettes autres que celles prévues explicitement par ailleurs. Il suffit de souligner que ce qui est résiduel en matière de capital versé dépend de toutes les autres règles. Il en est de même pour le calcul du capital imposable. Or, comme les règles prévues explicitement par ailleurs sont potentiellement différentes, ce qui entre dans cette catégorie peut différer. Par exemple, en matière de capital imposable, une règle, qui lui est exclusive, prévoit explicitement l'inclusion des dividendes déclarés mais non versés avant la fin de l'année⁹⁶. En matière de capital versé, l'inclusion d'une telle dette est visée plutôt par la règle résiduaire et, par conséquent, n'a à être incluse que lorsqu'elle existe depuis plus de six mois à la fin de l'année d'imposition (à moins qu'elle ne soit garantie).

Une quatrième distinction a trait aux contrats de location-acquisition. Aux fins du capital imposable, bien que la présentation comptable conforme aux PCGR soit de présenter une dette au bilan au titre de tels contrats comme s'il s'agissait d'une acquisition, l'ARC soutient plutôt retenir la qualification juridique. Ainsi, tel qu'il est énoncé par l'ARC⁹⁷ « malgré la classification du contrat de location à des fins comptables, toute obligation relative à un contrat qui en est un de location en droit ne sera pas incluse dans l'assiette d'impôt sur le capital aux termes du paragraphe 181.2(3) ». De plus, le montant présenté comme une somme à recevoir par le bailleur n'est « pas admissible à une déduction pour placements en vertu du paragraphe 181.2(4) ». Au contraire, Revenu Québec prévoit⁹⁸ que « l'ensemble des montants à payer découlant du contrat de louage ou du contrat de crédit-bail constitue la dette relative à ces

⁹⁵ OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Le grand dictionnaire terminologique* (en ligne : http://w3.granddictionnaire.com/BTML/FRA/r_Motclef/index800_1.asp), 15 mars 2009.

⁹⁶ Al. 181.2(3)e) L.I.R.

⁹⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 42, par. 13.

⁹⁸ QUÉBEC, ministère du Revenu, *Bulletin d'interprétation* IMP. 1136-2/R2, « Taxe sur le capital – Les contrats de crédit-bail et de louage », 31 août 1998.

contrats, pour le locataire ou pour le crédit-preneur» et qu'elle «doit être incluse dans le calcul du capital versé dans la mesure où elle est montrée au passif des états financiers de la société pour l'année d'imposition conformément aux principes comptables généralement reconnus ». Cette inclusion au capital versé trouve son fondement légal aux sous-paragraphes 1136 1)c) ou 1136 1)e) L.I., voire plus particulièrement au titre des dettes de plus de six mois. Il s'agit donc d'une différence significative entre le capital imposable et le capital versé, bien qu'elle soit davantage de nature interprétative qu'appuyée sur une quelconque distinction législative.

4.10. ACCEPTATIONS BANCAIRES MONTRÉES AU PASSIF

4.10.1. Comparaison des termes utilisés

Sous-paragraphe 1136 1)f) L.I. : « f) les acceptations bancaires et autres titres semblables acceptés par une banque ou une autre personne, qui constituent des éléments du passif de la société. »	Alinéa 181.2(3)d) L.I.R. : « d) ses dettes à la fin de l'année sous forme [...] d'acceptations bancaires ou de titres semblables; »
--	--

4.10.2. Identification et analyse des distinctions entre les expressions

Tant aux fins du calcul du capital imposable que de celui du capital versé, les « acceptations bancaires » et les « titres semblables » doivent être inclus dans le calcul. Des différences de formulation existent toutefois. En matière de capital imposable, les acceptations bancaires sont expressément à inclure depuis l'amendement de 1993 applicable aux années d'imposition se terminant après le 20 décembre 1991. En matière de capital versé, le sous-paragraphe 1136 1)f) L.I. est également inséré en 1993, mais à l'égard d'une année d'imposition qui se termine après le 14 mai 1992.

Premièrement, la disposition en matière de calcul du capital versé prévoit explicitement que, pour devoir être incluse, une acceptation bancaire doit être acceptée « par une banque ou une autre personne », alors qu'il n'y a pas de mention précise à cet effet au titre du calcul du capital imposable.

Deuxièmement, la disposition en matière de capital versé est également la seule à prévoir que les acceptations visées doivent constituer « des éléments du passif de la société ».

Troisièmement, en matière de capital versé, l'inclusion du montant des « acceptations bancaires » est contrebalancée par un élément de la réduction pour placements. Ainsi, le sous-paragraphe 1138 1)d) L.I. prévoit que le montant des acceptations bancaires et autres titres semblables acceptés par une banque ou une autre personne qui sont des éléments d'actif d'une société, dans la mesure où ces acceptations et autres titres sont au bénéfice d'une société, constituent des placements admissibles.

Analysons la première distinction et l'effet possible de la mention « par une banque ou une autre personne » aux fins du capital versé. Il est nécessaire de cerner la nature d'une acceptation bancaire : une acceptation bancaire est une lettre de change normalement régie par la *Loi sur les lettres de change*⁹⁹. De plus, cette loi prévoit que « les règles de la *common law* d'Angleterre, y compris le droit commercial, s'appliquent aux lettres, billets et chèques dans la mesure de leur compatibilité avec les dispositions expresses de la présente loi¹⁰⁰ ». Une acceptation bancaire peut s'inscrire dans une relation tripartite. En effet, une acceptation bancaire n'est pas nécessairement tripartite à tout moment, puisque le tireur et le détenteur peuvent être la même personne.

Pour ce qui est de la jurisprudence, deux arrêts, l'un rendu aux fins du calcul du capital imposable et l'autre aux fins du capital versé, permettent d'illustrer les relations entre les parties, d'une part du point de vue du détenteur et d'autre part du point de vue de l'émetteur. En ce qui a trait au capital versé, il s'agit de l'arrêt *SMRQ c. Technologies industrielles S.N.C. inc.*¹⁰¹ Quant au capital imposable, il s'agit de l'arrêt *Federated Co-Operatives Ltd. c. La Reine*¹⁰².

Une autre question à se poser est la suivante : qui d'autre qu'une banque peut être l'accepteur d'une acceptation bancaire? Cela revient en partie à se demander ce qui caractérise une banque par rapport à d'autres institutions financières et en partie à se demander qui est autorisé par la loi au Canada à accepter des lettres de change. Les caisses populaires, telles qu'elles sont régies notamment par la *Loi sur les coopératives de services financiers*¹⁰³, en sont un

⁹⁹ L.R.C., c. B-4 (ci-après « L.L.C. »).

¹⁰⁰ Art. 9 L.L.C.

¹⁰¹ D.F.Q.E. 2002F-1 (C.A.).

¹⁰² 2001 D.T.C. 5414 (C.A.F.); 2000 D.T.C. 1946 (C.C.I.) (ci-après « *Federated Co-Operatives* »).

¹⁰³ L.R.Q, c. C-67.3 (ci-après « L.C.S.F. »), plus particulièrement les articles 5 et 77.

exemple. D'ailleurs, cette loi autorise d'une manière générale les coopératives de services financiers qu'elle vise à recevoir des dépôts en vue de les faire fructifier et à fournir du crédit ainsi que d'autres produits et services financiers à ses membres¹⁰⁴. Il est de plus précisé que le crédit comprend toute forme de financement ou de cautionnement¹⁰⁵.

Toutefois, comme le font remarquer à juste titre les auteurs de l'ouvrage *Droit bancaire*¹⁰⁶, la *Loi sur les banques*¹⁰⁷ limite formellement l'utilisation des termes et expressions « banque », « banquier », « opération bancaire » pour décrire les opérations. Ainsi, seules les banques de régime fédéral peuvent les utiliser. Ainsi, une acceptation qui n'est pas tirée sur une banque n'est pas une « acceptation bancaire » en tant que telle. Il ne faut toutefois pas oublier que la valeur sur le marché monétaire d'une acceptation bancaire, ce qui pour l'essentiel constitue une bonne partie de son intérêt commercial, repose pour l'essentiel sur la crédibilité de l'accepteur. Aux fins des règles de calcul du capital versé, par l'utilisation de l'expression « par une banque ou une autre personne », le terme « bancaire » se voit tempéré. Alors, si une autre personne qu'une banque peut être l'accepteur d'une telle lettre de change, qui cela peut-il être? Vérification faite, la Caisse centrale Desjardins est non seulement autorisée en vertu de sa loi constitutive à accepter des titres qui ont les caractéristiques d'une acceptation bancaire, mais effectivement elle le fait régulièrement. En fin de compte, puisque les caractéristiques d'une acceptation bancaire sont circonscrites, la question est donc la suivante : les institutions financières autorisées par les lois qui les régissent à être l'accepteur d'une lettre de change peuvent-elles donc être une « autre personne » aux fins du calcul du capital versé? Ainsi, une lettre de change, qui a toutes les caractéristiques d'une acceptation bancaire et qui est acceptée par une personne autre qu'une banque autorisée à faire une telle acceptation, doit être ajoutée au calcul du capital versé.

Est-ce à dire qu'aux fins du calcul du capital imposable, seules les lettres de change acceptées par des banques sont expressément à inclure au capital imposable à titre d'acceptations bancaires? La réponse à cette question est académique. Toutefois, il ne faudrait pas négliger dans l'analyse des éléments de

¹⁰⁴ Art. 5 L.C.S.F.

¹⁰⁵ Art. 77 L.C.S.F.

¹⁰⁶ Nicole L'HEUREUX, Édith FORTIN, Marc LACOURSIÈRE, *Droit bancaire*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, pp. 769-774.

¹⁰⁷ L.R.C. (1985), c. B-1 et mod., art. 983.

réponse que la *Loi de l'impôt sur le revenu* emploie l'expression « ou de titres semblables » à la fin de sa longue énumération d'éléments expressément à inclure en vertu de l'alinéa 181.2(3)d) L.I.R. Cette énumération est plus longue que celle prévue aux fins du calcul du capital versé au sous-paragraphe 1136 1)f) L.I., qui n'énumère que les acceptations bancaires, mais l'expression « ou autres titres semblables » y est et son sens ne peut être négligé. Par contre, bien qu'il puisse être argumenté que le terme « bancaire » est générique et que d'autres institutions financières peuvent être visées, il est facile de soutenir que les autres titres semblables sont eux aussi bancaires.

La deuxième distinction a trait à la mention spécifique aux fins du calcul du capital versé, que les acceptations visées doivent constituer « des éléments du passif de la société ». Or, cette différence ne nous semble pas porteuse d'une distinction puisqu'il s'infère clairement du contexte qu'il doit s'agir de « dettes de la société ».

Enfin, la troisième distinction quant au fait que l'inclusion dans le capital versé est contrebalancée par une réduction du capital versé est importante et réelle. Par ailleurs la distinction entre ces éléments est discutée à la section 6.4.

5. DÉDUCTIONS AU CAPITAL VERSÉ

5.1. DÉFICIT

5.1.1. Comparaison des termes utilisés

Sous-paragraphe 1137a) L.I. : « a) le montant de son déficit; »	Alinéa 181.2(3)i) L.I.R. : « i) tout déficit déduit dans le calcul de l'avoir des actionnaires [(y compris, à cette fin, toute provision pour le rachat d'actions privilégiées)] ¹⁰⁸ à la fin de l'année; »
---	--

5.1.2. Identification et analyse des distinctions entre les expressions

La disposition en matière de calcul du capital versé prévoit simplement la déduction du montant du « déficit » d'une société, tandis que la disposition

¹⁰⁸ *Id.*

équivalente en matière de capital imposable prévoit que le déficit doit être « déduit dans le calcul de l'avoir des actionnaires »¹⁰⁹.

La notion de « déficit » est définie implicitement dans la définition de « bénéfices non répartis » prévue au *Manuel de l'ICCA* :

« c) **Bénéfices non répartis** : montant constitué du solde cumulatif des résultats d'exploitation, compte tenu des dividendes, des impôts remboursables et des autres montants que l'on peut à bon droit porter au débit ou au crédit de ce compte. Si le solde est négatif, le terme « déficit » suffit à le désigner¹¹⁰. »

Il s'agit de la contrepartie négative des bénéfices non répartis. Or, tant les bénéfices non répartis que le déficit sont normalement présentés dans l'avoir des actionnaires et y sont ajoutés ou déduits selon le cas pour déterminer le montant de l'avoir des actionnaires. Il n'y a donc pas de différence significative entre les termes utilisés en matière de calcul du capital versé et ceux utilisés en matière de capital imposable à l'égard de cet élément.

5.2. ACTIF D'IMPÔTS FUTURS

5.2.1. Comparaison des termes utilisés

Sous-paragraphe 1137b.1) L.I. : « b.1) le montant de son actif d'impôts futurs; »	Alinéa 181.2(3)h) L.I.R. : « h) le solde de son report débiteur d'impôt à la fin de l'année; »
--	---

5.2.2. Identification et analyse des distinctions entre les expressions

Cet élément est le pendant de celui discuté à la section 4.5. quant au passif d'impôts futurs. L'actif d'impôts futurs et l'ancien report débiteur d'impôt peuvent être déduits tant pour le calcul du capital imposable que pour celui du capital versé. Bien que des amendements aient pu permettre d'en arriver à cet état de la législation, nous n'en faisons pas ici l'historique.

¹⁰⁹ Nous n'analysons toutefois pas la modification pendant laquelle le déficit comprenne également « toute provision pour le rachat d'actions privilégiées ».

¹¹⁰ INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, *Manuel de l'ICCA*, vol. I, Toronto, ICCA, par. 3251.03.

Il n'y a donc pas y avoir de distinction entre le calcul du capital imposable et celui du capital versé à ce niveau. La détermination de ce qui est à inclure à ce titre est essentiellement une question comptable à laquelle il est possible de répondre en se basant sur les PCGR.

5.3. PERTES SUR CHANGE NON MATÉRIALISÉES REPORTÉES

5.3.1. Comparaison des termes utilisés

Sous-paragraphe 1137b.1.1) L.I. : « b.1.1) les pertes sur change non matérialisées reportées de la société à la fin de l'année d'imposition; »	Alinéa 181.2(3)k) L.I.R. : « k) ses pertes sur change non réalisées reportées à la fin de l'année. »
---	---

5.3.2. Identification et analyse des distinctions entre les expressions

Les expressions utilisées sont identiques sauf en ce qui concerne deux précisions. En matière de calcul du capital versé, il est précisé qu'il s'agit des pertes sur change non matérialisées reportées « de la société » et il est précisé qu'il s'agit de celles qui sont reportées à la fin de l'année « d'imposition ».

Ces distinctions ne reflètent qu'une différence de style rédactionnel plutôt qu'une différence quant au sens à attribuer aux dispositions en cause.

6. RÉDUCTION POUR PLACEMENTS *VERSUS* DÉDUCTION DU CAPITAL VERSÉ

6.1. VALEUR DES PLACEMENTS DANS LES ACTIONS D'AUTRES SOCIÉTÉS

6.1.1. Comparaison des termes utilisés

Sous-paragraphe 1138 1)a) L.I. : « Le capital versé d'une société, calculé après l'application des articles 1136 et 1137, est réduit dans la proportion que représente, par rapport au montant de son actif, l'ensemble des éléments suivants: a) la valeur de ses placements dans les actions [...] d'autres sociétés; »	Alinéa 181.2(4)a) L.I.R. : « La déduction pour placements d'une société, sauf une institution financière, pour une année d'imposition correspond au total des montants dont chacun représente la valeur comptable à la fin de l'année d'un élément d'actif de la société qui est, selon le cas: a) une action d'une autre société; »
---	--

6.1.2. Identification et analyse des distinctions entre les expressions

Les termes utilisés par ces dispositions sont presque identiques : « placements », « actions », « autres sociétés » et « valeur ». La disposition varie, la forme au singulier est utilisée en matière de calcul du capital imposable, tandis que la forme plurielle est utilisée en matière de calcul du capital versé. Une distinction à première vue plus significative existe quant à l’expression « valeur comptable » qui est utilisée en matière de capital imposable alors que le mot « valeur » est utilisé seul en matière de capital versé.

L’expression « valeur comptable » ou le terme « valeur » peuvent être interprétés comme ayant un sens similaires, puisque l’article 1131 L.I. prévoit que le capital versé est celui « montré à ses états financiers pour l’année ». Ainsi, il est implicite que la valeur est celle montrée aux « états financiers » et, comme cette notion est définie à l’article 1130 L.I., il faut qu’ils soient conformes aux PCGR.

6.2. VALEUR DES PLACEMENTS DANS LES OBLIGATIONS D’AUTRES SOCIÉTÉS

6.2.1. Comparaison des termes utilisés

Article 1130 L.I. : « «obligation» : un titre d’emprunt négociable émis en faveur de plusieurs prêteurs de fonds pour répondre à un besoin de financement à long terme; » Sous-paragraphe 1138 1)a) L.I. : « a) la valeur de ses placements dans les [...] obligations d’autres sociétés; [...] (2.1.2.3) Pour l’application du paragraphe 1 et malgré l’article 1.7, la référence à une autre société, dans ce paragraphe 1, est réputée ne pas être une référence au gouvernement d’un pays, d’une province, d’un état ou d’une autre subdivision politique d’un pays, à l’exception d’une municipalité ou d’un organisme municipal remplissant des fonctions gouvernementales. »	Alinéa 181.2(4)c) L.I.R. : « c) une obligation, un effet, une créance hypothécaire ou un titre semblable d’une autre société, sauf une institution financière; »
---	---

6.2.2. Identification et analyse des distinctions entre les expressions

En matière de calcul du capital versé comme en matière de capital imposable, les obligations constituent des placements admissibles. Il existe toutefois un écart entre les versions anglaises des dispositions en cause, puisque le terme « obligation » est rendu par *bond* en matière de capital versé et par *bond*, *debenture* en matière de capital imposable. D'ailleurs, en matière de calcul du capital versé, pour les années d'imposition qui se terminent après le 24 mai 2007¹¹¹, la notion d'« obligation » est définie comme « un titre d'emprunt négociable émis en faveur de plusieurs prêteurs de fonds pour répondre à un besoin de financement à long terme ». Pour ces mêmes années d'imposition, le paragraphe 1138 2.1.2.3) L.I. est ajouté primairement afin de restreindre le sens de l'expression « autres sociétés » et de s'assurer que les titres obligataires émis par le gouvernement fédéral, provincial ou étranger ne sont pas compris dans ce vocable. Cela fait écho à la présomption que toute personne morale est une société¹¹² et à certaines interprétations qui considéraient que le terme « société » pouvait englober de telles entités. Aucun équivalent n'existe en matière de capital imposable, ce qui n'implique pas, au contraire, que les obligations gouvernementales constituent des placements admissibles aux fins du capital imposable.

D'autre part, en matière de calcul du capital imposable, il est fait mention d'une exclusion relative aux obligations (entre autres) d'une société qui est une « institution financière », qui ne se retrouve pas précisément au sous-paragraphe 1138 1)a) L.I., mais qui se retrouve plutôt au paragraphe 1138 2.1.1.1) L.I.

En conclusion, à l'égard des obligations, et malgré les écarts relevés ci-dessus dans la version anglaise de la disposition québécoise et celle de la disposition fédérale, il n'y a pas de doute que les débentures sont admissibles. D'ailleurs, le Revenu Québec le reconnaît¹¹³.

¹¹¹ QUÉBEC, ministre des Finances, *op. cit.*, note 22, pp. A.17-A.19.

¹¹² Art. 1.7 L.I.

¹¹³ *Collection fiscale* (CD-ROM), Brossard, Publications CCH, lettre d'interprétation 94-010274, « Taxe sur le capital – Notion d'« obligations » », 29 septembre 1994.

6.3. PRÊTS CONSENTIS ET AVANCES VERSÉES À D'AUTRES SOCIÉTÉS

6.3.1. Comparaison des termes utilisés

Sous-paragraphe 1138 1)b) L.I. : « le montant des prêts et avances à d'autres sociétés; »	Alinéa 181.2(4)b) L.I.R. : « un prêt ou une avance consenti à une autre société, sauf une institution financière; »
--	--

6.3.2. Identification et analyse des distinctions entre les expressions

Les termes utilisés sont les mêmes pour ces dispositions. D'ailleurs, ces dispositions sont le pendant déductible ou réductible (puisque aux fins du capital versé la déduction est le résultat d'un calcul proportionnel à certains éléments d'actif) de celles prévoyant l'inclusion des prêts et avances (voir la section 4.8.).

Une jurisprudence abondante en matière de calcul du capital versé veut que la notion de « prêt et avances » ne comprenne pas les soldes de prix de vente. Ainsi, en ce qui a trait aux inclusions, les soldes de prix de vente ne doivent être ajoutés au calcul du capital qu'à titre d'autres dettes et seulement dans la mesure où elles existent depuis plus de six mois (s.-par. 1136 1)e) L.I.) ou à titre de dette garantie (s.-par. 1136 1)c) L.I.). Pour ce qui est de la réduction pour placements, il existe une jurisprudence abondante¹¹⁴ qui a retenu la position de Revenu Québec à savoir qu'un prêt implique une relation prêteur-emprunteur et qu'une relation vendeur-acheteur ne peut se qualifier à ce titre. La conséquence de cette distinction a pour effet de limiter l'admissibilité d'une telle créance à la réduction pour placements. Toutefois, l'ajout du sous-paragraphe 1138 1)d.1)

¹¹⁴ *Marcelon inc. c. SMRQ*, [1991] R.D.F.Q. 3 (C.Q.); *Bertco Investments Ltd. c. SMRQ*, [1992] R.D.F.Q. 29 (C.Q.); *Banque Nationale du Canada c. SMRQ*, [1997] R.D.F.Q. 124, D.F.Q.E. 97F-106 (C.A.); confirmant *Crédit-Bail Banque Nationale inc. c. SMRQ*, [1993] R.D.F.Q. 10, D.F.Q.E. 93F-22 (C.Q.); *Simpsons Ltd. c. SMRQ*, D.F.Q.E. 2006F-62 (C.A.); confirmant [1992] R.D.F.Q. 19, D.F.Q.E. 92F-114 (C.Q.) (ci-après « *Simpsons* »); *SMRQ c. Corporation financière Gécécan*, D.F.Q.E. 2006F-21 (C.A.); confirmant [2004] R.D.F.Q. 163, D.F.Q.E. 2004F-41 (C.Q.); *Groupe C.S.L. inc. c. SMRQ*, [2002] R.D.F.Q. 52, D.F.Q.E. 2002F-82 (C.A.); *Imperial Tobacco Canada ltée c. SMRQ*, D.F.Q.E. 2006F-101 (C.Q.); *SMRQ c. Noranda inc.* [2002] R.D.F.Q. 61, D.F.Q.E. 2002F-83 (C.A.).

L.I. applicable aux années d'imposition qui se terminent après le 9 mars 1999¹¹⁵ et l'ajout du sous-paragraphe 1138 1)d.2) L.I. applicable aux années d'imposition qui se terminent après le 29 juin 2000¹¹⁶ (discutés à la section 6.5.2.) ont permis de mettre fin à des situations potentielles de double imposition.

D'une manière générale, aux fins du calcul du capital imposable¹¹⁷, les autorités fiscales fédérales interprètent la notion de prêt comme ne comprenant pas les soldes de prix de vente. Par contre, l'alinéa 181.2(4)c) L.I.R. permet dans beaucoup de situations de solde de prix de vente d'obtenir une déduction au titre d'une « obligation, un effet, une créance hypothécaire ou un titre semblable d'une autre société », ce qui pallie du moins en partie l'exclusion des soldes de prix de vente de la notion de prêts et avances.

L'interprétation soutenue par Revenu Québec à l'égard des soldes de prix de vente et retenue par les tribunaux ne semble pas contredite par la jurisprudence fédérale, puisque, dans l'affaire *Oerlikon Aérospatiale*¹¹⁸, la Cour d'appel fédérale ne rejette pas l'idée que la tendance québécoise à exclure les soldes de prix de vente puisse être applicable aux fins du calcul du capital imposable; par contre, elle distingue ces décisions de l'affaire en cause en précisant qu'aucune de ces décisions ne laisse entendre que la relation alors en cause entre *Oerlikon Aérospatiale* et ses clientes en serait exclue. Certaines sociétés ont toutefois réussi à faire reconnaître que le solde de prix de vente a été nové en un prêt ou autrement¹¹⁹. Par contre, il ne suffit pas qu'un billet soit émis en paiement de la dette pour qu'un solde de prix de vente devienne un

¹¹⁵ QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 1999-2000, Renseignements supplémentaires sur les mesures du budget*, 9 mars 1999, « 4.7.1 Modification relative aux soldes de prix de vente », pp. 100 et 101.

¹¹⁶ QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information 2000-4*, « Nouvelles mesures fiscales pour soutenir l'activité économique et sociale du Québec », section 2.10.1. « Assouplissements de la politique fiscale en matière de réduction pour placement », pp. 55 à 57.

¹¹⁷ *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique 2000-0008260, 17 mars 2000; l'ARC s'y déclare d'avis qu'en général un solde de prix de vente est une dette qui n'a pas le caractère d'un prêt ou d'une avance au sens de l'alinéa 181.2(4)b) L.I.R.

¹¹⁸ Précité, note 70, par. 25.

¹¹⁹ D'ailleurs, le paragraphe 1138 2.1.0.1) L.I. ajouté en 1997 et applicable à une année d'imposition qui se termine après le 25 mars 1997 vise à empêcher la substitution de créances par des prêts.

prêt¹²⁰. En effet, pour qu'il y ait novation, il faut non seulement que l'intention de nover soit évidente, mais pour établir cette intention il faut pouvoir déduire des faits ou des actes que la première obligation est éteinte et qu'une seconde lui est substituée. Un intéressant article de M^c Paul Ryan¹²¹ analyse la question des soldes de prix de vente à la suite de l'arrêt de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Simpsons*¹²².

6.4. ACCEPTATIONS BANCAIRES MONTRÉES À L'ACTIF

6.4.1. Comparaison des termes utilisés

Sous-paragraphe 1138 1)d) L.I. : « d) le montant des acceptations bancaires et autres titres semblables acceptés par une banque ou une autre personne qui sont des éléments de son actif, dans la mesure où ces acceptations et autres titres sont au bénéfice d'une société; »	Aucun équivalent expressément, ni implicitement. Non admissible. Confirmé dans l'arrêt <i>Federated Co-Operatives Ltd c. La Reine</i>, 2001 D.T.C. 5414 (C.A.F.); 2000 D.T.C. 1946 (C.C.I.).
--	--

6.4.2. Identification et analyse des distinctions entre les expressions

En matière de calcul du capital versé, le montant des acceptations bancaires est expressément prévu à titre de placement admissible aux fins de la réduction pour placements. Il s'agit en fait de la contrepartie de l'inclusion pour l'émetteur dans le calcul du capital versé, abondamment discuté à la section 4.10. En matière de calcul du capital imposable, aucune disposition ne prévoit explicitement la déduction des acceptations bancaires à titre de placement. De plus, dans l'arrêt *Federated Co-Operatives*¹²³, une acceptation bancaire du point de vue du détenteur a été refusée à titre de déduction pour placements, que ce

¹²⁰ *Collection fiscale du Québec* (CD-ROM), Brossard, Publications CCH, lettre d'interprétation 96-010004, « Taxe sur le capital – Réduction du capital versé », 19 avril 1996.

¹²¹ Paul RYAN, « Taxe sur le capital, solde de prix de vente et prêts et avances : la Cour d'appel se prononce à nouveau », (2006), vol. 27, n° 2 *Revue de planification fiscale et successorale* 369 à 379.

¹²² Précité, note 114.

¹²³ Précité, note 102.

soit au titre d'un prêt ou d'une avance, ou d'une obligation, d'un effet, d'une créance hypothécaire ou d'un titre semblable d'une autre société, sauf une institution financière. La Cour a même rejeté les arguments quant à la double imposition.

En matière de calcul du capital imposable, l'absence de disposition permettant la déduction d'une acceptation bancaire à titre de placement a été contestée, dans l'arrêt *Federated Co-Operatives*¹²⁴, en vertu du principe que « la déduction pour placements a pour objet de s'assurer qu'aucun montant n'est inclus dans le capital imposable de deux sociétés en même temps ». Aucune base législative n'est toutefois citée par la Cour au soutien de cette assertion, pas même le paragraphe 181(4) L.I.R., qui limite la double inclusion ou la double déduction dans le calcul du capital d'une société. Bien que la Cour reconnaisse que la définition de la déduction pour placements « doit dans la mesure du possible être interprétée de manière à lui permettre de produire l'effet recherché par le législateur ». Par contre, la Cour constate que les dispositions d'inclusion au capital imposable ont été modifiées auparavant afin de prévoir explicitement l'inclusion des acceptations bancaires mais que les dispositions relatives à la déduction pour placements ne l'ont jamais été. La Cour d'appel fédérale considère d'ailleurs que « si l'on présume que cet état de fait s'explique par une distinction délibérée faite par le législateur », l'économie des dispositions en matière de calcul du capital imposable « permet de trouver une explication possible ». Cette explication possible étant, d'une manière générale, l'exclusion relativement systématique des titres émis par les institutions financières. Or, de l'avis de la Cour, le débiteur principal d'une acceptation bancaire, du point de vue d'un détenteur qui n'est pas l'émetteur, est la banque.

6.5. CRÉANCES GARANTIES, DUES PAR D'AUTRES SOCIÉTÉS

6.5.1. Comparaison des termes utilisés

Sous-paragraphe 1138 1)d.1) et 1138 1)d.2) L.I. : « d.1) le montant des créances résultant de la vente de biens ou de la fourniture de services à une autre société, lorsque ces créances sont garanties, en totalité ou en partie, par un bien de cette autre société;	Alinéa 181.2(4)c) L.I.R. : « c) [...] un effet, une créance hypothécaire ou un titre semblable d'une autre société, sauf une institution financière; »
--	---

¹²⁴ *Id.*, par. 3 à 16.

d.2) sauf si elles sont décrites à l'un des sous-paragraphes a à d.1 ou y seraient décrites en l'absence des paragraphes 2 à 2.1.3, le montant des créances qui sont dues : i. soit par une autre société, sauf une société mentionnée au paragraphe a de l'article 1132, et qui sont garanties, en totalité ou en partie, par un bien de cette autre société ou existent depuis plus de six mois; ii. soit par une société de prêts, une société de fiducie ou une société faisant le commerce de valeurs mobilières, à laquelle la société est liée; »	
---	--

6.5.2. Identification et analyse des distinctions entre les expressions

Le sous-paragraphe 1138 1)d.1) L.I. tout comme le sous-paragraphe 1138 1)d.2) L.I. sont relativement récents par rapport à leur équivalent le plus proche, c'est-à-dire l'alinéa 181.2(4)c) L.I.R. En effet, les sous-paragraphes 1138 1)d.1) et 1138 1)d.2) L.I. ont été successivement ajoutés en 2000 et en 2001. Dans un premier temps, l'ajout du sous-paragraphe 1138 1)d.1) L.I. vise à contrebalancer, pour une société créancière, l'inclusion des soldes de prix de vente à titre de dette par une société qui s'est portée acquéreur d'un bien. Dans un deuxième temps, le sous-paragraphe 1138 1)d.2) L.I. est mis en place pour contrebalancer les inclusions dans le calcul du capital versé en vertu des sous-paragraphes 1136 1)c) et 1136 1)e) L.I. Le sous-paragraphe 1138 1)d.2) L.I. vise donc deux types de créances : 1) celles qui ne résultent pas de la vente d'un bien ou de la fourniture d'un service à une autre société, mais qui sont tout de même garanties, en totalité ou en partie, par un bien de cette autre société; et 2) celles qui ne sont pas autrement visées mais qui existent depuis plus de six mois.

Une comparaison de ces dispositions en matière de calcul du capital versé permet rapidement de constater que l'alinéa 181.2(4)c) L.I.R. n'utilise pas du tout les mêmes termes. Toutefois, il constitue tout de même un équivalent partiel de ces dispositions. D'ailleurs, en matière de calcul du capital imposable, l'alinéa 181.2(4)c) L.I.R., qui permet la déduction dans le calcul du capital imposable de la valeur comptable d'une obligation, d'un effet, d'une créance

hypothécaire ou d'un titre semblable d'une autre société est la contrepartie de l'alinéa 181.2(3)d) L.I.R., qui prévoit l'inclusion des dettes à la fin de l'année sous forme d'obligations, de créances hypothécaires, d'effets, d'acceptations bancaires ou de titres semblables. Or, cette dernière disposition est la concordance en matière de capital imposable du sous-paragraphe 1136 1)c) L.I., telle qu'elle est analysée à la section 4.7.

Par ailleurs, il existe deux distinctions importantes à faire entre ces trois dispositions.

Premièrement, le sous-paragraphe 1138 1)d.1) L.I. prévoit que les créances résultant de la vente de biens ou de la fourniture de services à une autre société ne sont des biens admissibles que lorsque ces créances sont **garanties par un bien de l'autre société**. La contrepartie en matière de capital imposable vise plutôt « un effet, une créance hypothécaire ou un titre semblable ». La question de l'équivalence est donc claire lorsque la garantie est hypothécaire (ou un *mortgage* en common law), mais l'est moins lorsque la garantie est autre, puisqu'il faut alors interpréter l'expression « ou un titre semblable » (*or similar obligation*). En ce qui concerne le sous-paragraphe 1138 1)d.2) L.I., le même raisonnement s'applique quant au capital imposable lorsque la créance en cause ne résulte pas de la vente d'un bien ou de la fourniture d'un service à une autre société, mais qu'elle est tout de même garantie, en totalité ou en partie, par un bien de cette autre société.

Cette première distinction a donc trait aux garanties qui peuvent exister sur un bien afin de garantir la créance. Tandis qu'en matière de capital versé aucune exigence n'est indiquée quant à la forme que peut prendre la garantie, la créance doit tout de même être garantie, en totalité ou en partie, par un bien de l'autre société. En matière de capital imposable, la créance n'a pas à être garantie, mais elle doit soit être constatée par « un effet » (*note* en anglais), être « une créance hypothécaire ou un titre semblable d'une autre société ». La notion de « titre semblable » est en soi difficile à interpréter.

En vertu du *Code civil du Québec*, la règle fondamentale en matière de garantie veut que les biens du débiteur constituent le gage commun de ses créanciers¹²⁵. Il existe toutefois des causes légitimes de préférence, c'est-à-dire les priorités et les hypothèques¹²⁶. Parmi les priorités¹²⁷, il y en a fort peu qui

¹²⁵ Art. 2644 C.c.Q.

¹²⁶ Art. 2647 C.c.Q.

¹²⁷ Art. 2651 C.c.Q.

nous intéressent, par exemple, la créance du vendeur impayé pour le prix du meuble vendu à une personne physique qui n'exploite pas une entreprise ne nous intéresse pas, puisque le débiteur n'est pas une société. Il reste, peut-être, les créances de ceux qui ont un droit de rétention sur un meuble, pourvu que ce droit subsiste. En vertu du *Code civil du Bas-Canada* (ci-après « C.c.B.-C. »)¹²⁸, le solde de prix de vente du vendeur d'un immeuble constituait une créance privilégiée. Toutefois, en vertu du *Code civil du Québec*, une telle créance ne fait l'objet ni d'une hypothèque légale ni d'une priorité, car le vendeur peut facilement se faire consentir une hypothèque immobilière¹²⁹. À défaut d'être garantie en tant que créance prioritaire, il reste l'autre cause légitime de préférence, c'est-à-dire l'hypothèque, qu'elle soit conventionnelle ou légale¹³⁰. L'hypothèque légale¹³¹ confère un privilège notamment aux personnes qui ont participé à la construction ou à la rénovation d'un immeuble et aux créances qui résultent d'un jugement. Une hypothèque légale peut grever un bien meuble ou immeuble¹³², du moment qu'elle est inscrite sur le registre approprié. Quant à l'hypothèque conventionnelle, elle peut être mobilière ou immobilière, selon qu'elle grève un meuble ou un immeuble, ou une universalité soit mobilière, soit immobilière¹³³. D'ailleurs, d'autres formes de garanties sont reconnues en vertu de la législation fédérale.

Ainsi, en matière de capital versé, puisque l'exigence est que la créance doit être garantie, toutes ces formes de garanties lorsqu'elles sont consenties relativement à une créance font en sorte que cette créance est un bien admissible aux fins de la réduction pour placements. En matière de capital imposable, l'utilisation de l'expression « créance hypothécaire » vise certainement les hypothèques légales et conventionnelles du *Code civil du Québec*. Pour les autres titres semblables (*similar obligation* dans la version anglaise), il n'est pas invraisemblable que les priorités soient également couvertes en matière de capital imposable. De plus, la notion d'effet et de titres semblables à un tel effet qui n'a pas d'équivalent formel en matière de capital versé pourrait probablement couvrir davantage de créances que les créances garanties.

¹²⁸ Art. 2009 C.c.B.-C.

¹²⁹ Tel qu'il est mentionné dans les commentaires du ministère de la Justice du Québec pour l'article 2651 C.c.Q.

¹³⁰ Art. 2664 C.c.Q.

¹³¹ Art. 2724 C.c.Q.

¹³² Art. 2725 C.c.Q.

¹³³ Art. 2665 C.c.Q.

Deuxièmement, à la fin du sous-paragraphe 1138 1)d.2)i L.I., il est prévu que les créances qui ne sont pas autrement visées mais qui existent depuis plus de six mois constituent des biens admissibles aux fins du capital versé. Il s'agit de la contrepartie de la règle de l'inclusion des autres dettes de plus de six mois prévue au sous-paragraphe 1136 1)e) L.I. Or, tel qu'il est discuté à la section 4.9., cette règle est la concordance québécoise de l'alinéa 181.2(3)f) L.I.R. Cette règle d'inclusion en matière de capital imposable n'a tout simplement pas de contrepartie quant à la déduction du capital imposable.

Quant à cette deuxième distinction, bien que l'admissibilité des autres dettes de plus de six mois aux fins du capital versé n'ait aucun équivalent en matière de capital imposable, il existe une mince exception qui est couverte par l'alinéa 181.2(4)f) L.I.R. En effet, bien qu'en matière de capital versé, un dividende payable à la société à la fin de l'année sur une action du capital-actions d'une autre société ne peut en soi constituer un bien admissible, à défaut d'équivalent, lorsqu'à la fin de l'année d'imposition ce dividende est déclaré depuis plus de six mois, il devient admissible. Cette équivalence est tellement peu similaire qu'en fait elle ne constitue pas une concordance et ne pallie pas l'absence de règle prévoyant l'admissibilité aux fins du capital imposable des autres créances qui sont impayées depuis plus de 365 jours avant la fin de l'année.

CONCLUSION

Les différents éléments analysés dans ces pages permettent de constater que bien qu'il soit facilement réalisable de dresser une table de concordance des règles en matière de calcul du capital imposable et de calcul du capital versé, il existe des différences importantes qui ne peuvent être escamotées facilement. Aussi, malgré la similitude apparente des règles, une analyse approfondie s'impose avant de conclure sommairement à l'application d'une interprétation d'une règle donnée en matière de calcul du capital versé en matière de capital imposable, et vice versa.

L'un des indices importants de distinctions importantes entre le calcul du capital imposable et celui du capital versé se constate à la lecture de jugements rendus en vertu des dispositions en matière de capital versé. Par exemple, tous les jugements rendus en matière de réduction relative aux soldes de prix de vente constituent non seulement un indice que cette matière présente des particularités, mais une sérieuse présomption. D'ailleurs, lorsque cette abondante jurisprudence a été citée dans l'affaire *Oerlikon Aérospatiale*, la Cour d'appel fédérale en a reconnu le bien-fondé, mais a distingué rapidement ces affaires de la cause entendue.

Finalement, bien que le capital imposable n'ait désormais qu'un avenir limité vu l'abolition de l'impôt des grandes sociétés, la mesure du capital imposable demeure encore le critère principal pour déterminer le statut de petite ou moyenne entreprise pour une société. L'avenir du capital versé, dans un contexte politique changeant, est également incertain. Toutefois, le rétablissement de la déduction pour petite et moyenne entreprise en matière d'imposition des sociétés au Québec, dont le statut est encore une fois établi à partir de la mesure du capital versé, laisse un certain avenir aux règles du calcul du capital versé.

ANNEXE

Grille d'analyse pour comparer le capital versé et le capital imposable

DÉTAIL DES INCLUSIONS ET DES DÉDUCTIONS CAPITAL VERSÉ (QUEBEC) POUR UNE SOCIÉTÉ	POUR UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES OU UNE ENTREPRISE CONJOINTE (selon la part)	PAREIL OU PAS PAREIL?	CAPITAL IMPOSABLE (FED.) POUR UNE SOCIÉTÉ	POUR UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES (selon la part)
INCLUSIONS (par. 1136.1 et 1136.3 L.L.)			INCLUSIONS (c-est. 181.2(3)q6f), al. 181.2(3)b) à 181.2(3)d), 181.2(3)f) et 181.2(3)g) L.L.R.)	
a) le capital-actions versé et tout intérêt de participation de la nature du capital actions;	Non, voir le paragraphe 2 du <i>Bulletin d'interprétation</i> IMP-1136-13R2, qui prévoit que le poste « capital d'un associé » n'a pas à être inclus ou déduit.		a) le capital-actions de la société (ou, si elle est constituée sans capital-actions, l'apport de ses membres), [...];	Non.
b) les surplus, [...];	Oui ^a .		a) [...], ses bénéfices non répartis, son surplus d'apport et tout autre surplus à la fin de l'année;	Non.
b) [...] provisions et réserves, sauf celles pour amortissement ou épuisement, celles qui sont permises par la partie 1 dans la mesure où elles ont été déduites dans le calcul du revenu en vertu de cette partie et celles pour pertes, à l'égard d'un contrat de location ou de crédit-bail, qu'une société qui exerce des activités de location ou de crédit-bail ne peut déduire dans le calcul de son revenu en vertu de cette partie;	Oui ^a .		b) ses réserves pour l'année, sauf dans la mesure où elles sont déduites dans le calcul de son revenu pour l'année en vertu de la partie 1; 181(1) « réserves » - « réserves » Montant à la fin d'une année d'imposition constitué de l'ensemble des réserves et provisions d'une société, y compris les réserves pour impôts reportés, fin compris les réserves pour amortissement cumulé et les provisions pour épuisement.	Oui.
b.0.1) le passif d'impôts futurs;	Oui ^a .		181(1) « réserves » - « réserves » Montant [...] y compris les réserves pour impôts reportés, [...]	Oui.
b.2) montant à inclure au titre d'une société admissible qui exploite une « entreprise reconnue », c'est-à-dire un ajustement relatif aux mesures fiscales concernant les projets majeurs d'investissement, les déductions relatives à une bourse de valeurs ou à une chambre de compensation de valeurs et certaines mesures relatives à la zone de commerce international à Mirabel;	Oui ^a .		s. o.	s. o.

Légende : = Pas pareil = Présent des similarités = Relativement pareil

a Par. 1136.3) (2° al.) L.L. : « Cependant, la société ne doit pas inclure [...] dans le calcul de son capital versé un montant monnaie aux états financiers de la société de personnes ou de l'entreprise conjointe résultant d'une opération intervenue entre la société de personnes ou l'entreprise conjointe et ses membres. »

b AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-532, « Partie L3 – Impôt des grandes sociétés », 13 octobre 2000, par. 47.

c *Id.*, par. 48.

d En sont exclues les actions du capital-actions et les dettes d'une société exonérée de calcul du capital imposable autrement qu'en raison qu'elle ne réside pas au Canada et n'y exploite pas d'entreprise par l'entremise d'un établissement stable.

b.3) les gains sur change non matérialisés reportés de la société à la fin de l'année d'imposition,	Oui ^a .		b) les gains sur change non réalisés reportés à la fin de l'année;	Oui.
c) une dette contractée ou assumée par elle dont le paiement est garanti, en partie ou en totalité, par un bien de la société, autre qu'une dette contractée ou assumée par elle depuis six mois ou moins et qui est soit un compte fournisseur payable en contrepartie de l'acquisition d'un bien ou de la prestation d'un service, soit une taxe payable relativement à l'acquisition d'un bien ou à la prestation d'un service lorsque cette acquisition ou prestation est à l'origine d'un compte fournisseur ou sera à l'origine d'un compte fournisseur si la contrepartie pour cette acquisition ou prestation était impayée;	Oui ^a .		c) les prêts et les avances qui lui ont été consentis à la fin de l'année;	Oui, sauf les montants dus à des associés corporatifs ^b
e) toute autre dette dans la mesure où elle existe depuis plus de six mois;	Oui ^a .		f) toutes ses autres dettes, sauf celles conformes à un bail, à la fin de l'année, qui sont impayées depuis plus de 365 jours avant la fin de l'année;	Oui, sauf les montants dus à des associés corporatifs ^b
les acceptations bancaires et autres titres semblables acceptés par une banque ou une autre personne, qui constituent des éléments du passif de la société.	Oui ^a .		d) ses dettes à la fin de l'année sous forme [...] d'acceptations bancaires ou de titres semblables;	Oui, sauf les montants dus à d'autres associés corporatifs ^b
s. o. (mais peut être compris ailleurs).	s. o.		e) les dividendes qu'elle a déclarés mais n'a pas versés avant la fin de l'année;	Non.
(3) Une société, qui a un intérêt dans une société de personnes ou dans une entreprise conjointe doit inclure dans le calcul de son capital versé les montants qui seraient inclus dans le calcul du capital versé de cette société de personnes ou entreprise conjointe en vertu du présent article [...].	Oui, on inclut ainsi un montant au titre du capital imposable des sociétés de personnes dont la société de personnes peut être membre.		g) dans le cas où elle est un associé d'une société de personnes à la fin de l'année [...];	Oui, on inclut ainsi un montant au titre du capital imposable des sociétés de personnes dont la société de personnes peut être membre ^c .
DÉDUCTIONS (art. 1137 et par. 1136 3) L.L.)	Oui ^a .		DÉDUCTIONS (s.-al. 18.123(g)(ii) L.R.)	Non.
a) le montant de son déficit;			i) tout déficit déduit dans le calcul de l'avoir des actionnaires [...] à la fin de l'année,	s. o.
b) les frais afférents à l'émission d'actions ou obligations, y compris l'escompte, dans la mesure où ils n'ont pas servi à réduire son surplus ni son capital-actions versé;	Oui ^a .		s. o.	s. o.
b.0.1) lorsqu'elle a inclus dans ce calcul pour l'année d'imposition un montant relatif au financement de matériel automobile neuf qu'elle a acquis pour fins de revente, un montant égal à 30 % du montant du montant indiqué à ses états financiers relativement à ce matériel automobile qu'elle a en stock et du montant ainsi inclus dans ce calcul;	Oui ^a .		s. o.	s. o.
b.1) le montant de son actif d'impôts futurs;	Oui ^a .		h) le solde de son report déducteur d'impôt à la fin de l'année;	Non.

s. o.	s. o.		j) tout montant déduit en application du paragraphe 135(1) [relativement aux répartitions proportionnelles à l'apport commercial] dans le calcul de son revenu pour l'année en vertu de la partie I, dans la mesure où il est raisonnable de considérer les déductions comme incluses dans l'un des montants calculés en application des alinéas a) à g) relativement à la société pour l'année;	Non.
b.1.1) les pertes sur change non matérialisées reportées de la société à la fin de l'année d'imposition;	Oui ^a .		k) ses pertes sur change non réalisées reportées à la fin de l'année.	Oui: (ii) les pertes sur change non réalisées reportées de la société de personnes à la fin de l'exercice.
b.1.2) le montant déterminé pour l'année d'imposition conformément à l'article 1137.0.0.2. [donc la déduction de 1 million de dollars] [...];	Non, spécifiquement exclu (1136(3)).		(Similaire à l'abattement de capital prévu aux paragraphes 181.1(1) et 181.5(1) L.I.R.).	Non.
b.2) et b.2.1) lorsqu'elle dévient à la fin de l'année d'imposition, à l'égard d'un navire admissible, [...];	Oui ^a .		s. o.	s. o.
b.3) et b.4) [...], lorsque la société est propriétaire à la fin d'une année d'imposition d'un bien décrit au premier alinéa de l'article 1137.5 [donc d'un bien constituant un investissement admissible en vertu d'une ancienne mesure fiscale] [...];	Oui ^a .		s. o.	s. o.
b.5) un montant égal à 33 ⅓ % de la partie de son capital versé [relativement aux sociétés minières] [...];	Oui ^a .		s. o.	s. o.
c) lorsque la société est une société admissible pour l'année d'imposition [c'est-à-dire un ajustement relatif aux mesures fiscales concernant les projets majeurs d'investissement, les déductions relatives à une bourse de valeurs ou à une chambre de compensation de valeurs et certaines mesures relatives à la zone de commerce international à Mirabel];	Oui ^a .		s. o.	s. o.
1136(3) Une société qui a un intérêt dans une société de personnes ou dans une entreprise conjointe doit inclure dans le calcul de son capital versé les montants qui seraient inclus dans le calcul du capital versé de cette société de personnes ou d'une entreprise conjointe en vertu du [de l'article] 1137 [...], si cette société de personnes ou entreprise conjointe était une société et si l'on ne tenait pas compte du paragraphe b.1.2 de l'article 1137 [...].	Oui. Une société de personnes ou une entreprise conjointe peut déduire des montants en vertu de l'article 1137 relativement à une société de personnes dont elle détient elle-même un intérêt.		La seule déduction équivalente qui est consentie l'est en vertu du sous-alinéa 181.2(3)g)(ii).	Oui. La société de personnes peut déduire un montant en vertu du sous-alinéa 181.2(3)g)(ii) relativement à une société de personnes dont elle est membre elle-même.

RÉDUCTION POUR PLACEMENTS (par. 1136 §3; 1138 §1; 1138 §3 à 1138 §11)	CUMUL DE L'ACTIF TOTAL :	CUMUL DE L'ACTIF NET :	DÉDUCTION POUR PLACEMENTS (par. 181.2(4)(a) et par. 181.2(5)(L.R.C. §. 6.)
1138(1) Le capital versé d'une société, calculé après l'application des articles 1136 et 1137, est réduit dans la mesure où, pour un placement permanent, le montant de son actif net (les biens réels) est inférieur au montant de son passif net (les biens fictifs) ; (3) Montant de l'actif d'une société : [...] Le montant de l'actif d'une société est celui monté à ses états financiers, déduction faite des provisions et réserves pour amortissement ou dépréciation, de celle pour réserves douteuses dans la mesure où elle a été déduite dans le calcul du revenu en application de la partie I et de tout montant déduit dans le calcul de son capital versé en vertu de l'un des paragraphes b, b.1 et b.1.1 de l'article 1137, auquel doit être ajouté : a) tout montant ayant réduit le montant de l'actif et qui doit être inclus dans le capital versé, et b) le montant de l'actif d'une société de personnes ou d'une entreprise conjointe dans la proportion représentée par le rapport entre la part de cette société du revenu ou de la perte de la société de personnes ou de l'entreprise conjointe et le revenu ou la perte de la société de personnes ou de l'entreprise conjointe, [...] a) la valeur de ses placements dans les actions [...] d'autres sociétés;	1138(3.1) Déduction des montants qui sont des actifs résultant d'une opération entre la société de personnes et ses membres, sauf si elle augmente le montant de son intérêt dans la société de personnes. 1138(4) Non inclusion des montants qui sont des actifs résultant d'une opération intervenue entre la société de personnes ou l'entreprise conjointe et ses membres.		§. 6.
a) la valeur de ses placements dans les actions [...] d'autres sociétés;	Oui^a.		a) une action d'une autre société^{a1};
a) la valeur de ses placements dans les [...] obligations d'autres sociétés;	Oui^a.		c) une obligation [...] ou un titre semblable d'une autre société, sauf une institution financière^d; §. 6.
a.1) la valeur de ses placements dans les parts permanentes d'une caisse d'épargne et de crédit et tout intérêt de participation de la nature d'une telle part permanente; §. 6.	Oui^a.		d) une dette du passif à long terme d'une institution financière^d; §. 6.
b) le montant des prêts et avances à d'autres sociétés;	Oui^a.		b) un prêt ou une avance consenti à une autre société, sauf une institution financière^d; §. 6.
c) le montant des prêts et avances à une société de personnes ou à une entreprise conjointe, dans la mesure où le montant de ces prêts ou avances est inclus dans le calcul du capital versé d'une société qui a un intérêt dans cette société de personnes ou entreprise conjointe;	Oui^a.		d.1) un prêt ou une avance consentis à une société de personnes dont l'ensemble des associés, tout au long de l'année, sont d'autres sociétés, sauf des institutions financières, qui ne sont pas exonérées de l'impôt en application de la présente partie, autrement qu'en vertu de l'alinéa 181.1(34), ou encore une obligation, un billet, une créance hypothécaire ou un titre semblable d'une telle société de personnes^d.

d) le montant des acceptations bancaires et autres titres semblables acceptés par une banque ou une autre personne qui sont des éléments de son actif, dans la mesure où ces acceptations et autres titres sont au bénéfice d'une société;	Oui ^a .		s. o.	s. o.
d.1) le montant des créances résultant de la vente de biens ou de la fourniture de services à une autre société, lorsque ces créances sont garanties, en totalité ou en partie, par un bien de cette autre société;	Oui ^a .		c) [...], un effet, une créance hypothécaire ou un titre semblable d'une autre société, sauf une institution financière ^d ;	Oui.
d.2) sauf si elles sont décrites à l'un des sous-paragraphe à d.1 ou y seraient décrites en l'absence des paragraphes 2 à 2.1.3, le montant des créances qui sont dues:	Oui ^a .		c) [...], un effet, une créance hypothécaire ou un titre semblable d'une autre société, sauf une institution financière ^d ;	Oui.
i. soit par une autre société, sauf une société mentionnée au paragraphe a de l'article 1132, et qui sont garanties, en totalité ou en partie, par un bien de cette autre société ou existent depuis plus de six mois;				
ii. soit par une société de prêts, une société de fiducie ou une société faisant le commerce de valeurs mobilières, à laquelle la société est liée;				
e) le montant visé à l'article 1138.4 [relativement à la valeur, pour cette année, d'un bien qui est soit un navire ou un avion qu'elle opère en transport international].	Oui ^a .		s. o.	s. o.
Une société qui a un intérêt dans une société de personnes ou dans une entreprise conjointe doit inclure dans le calcul de son capital versé les montants qui seraient inclus dans le calcul du capital versé de cette société de personnes ou entreprise conjointe en vertu [de l'article] 1138, si cette société de personnes ou entreprise conjointe était une société [...];	Oui, une société de personnes ou une entreprise conjointe peut ajouter un montant en vertu de l'article 1138 relativement à des biens admissibles d'une société de personnes dont elle détient elle-même un intérêt;		e) une participation dans une société de personnes;	S'applique aux sociétés de personnes dont une société de personnes est membre.
s. o., non spécifiquement prévu, mais pouvant être compris dans le sous-paragraphe 1138.1 d.2) L.1.	s. o.		f) un dividende payable à la société à la fin de l'année sur une action du capital-actions d'une autre société, sauf un dividende d'une société exonérée de calcul du capital imposable autrement qu'en raison qu'elle ne réside pas au Canada et n'y exploite pas d'entreprise par l'entremise d'un établissement stable ^e ;	Oui.

L'AFFAIRE OGT HOLDINGS LTD. C. SMRQ : QUAND LES TRIBUNAUX ÉVITENT LA QUESTION

HUGO GRAVEL, AVOCAT, D. FISC.
ERNST & YOUNG S.R.L./S.E.N.C.R.L.

PRÉCIS

La Cour d'appel du Québec rendait, le 30 janvier 2009, sa première décision relativement à la règle générale antiévitement de la *Loi sur les impôts* dans l'affaire *OGT Holdings Ltd. c. SMRQ*. Cette décision est particulière en ce qu'elle porte sur la question de la planification interjuridictionnelle. La transaction en litige, un *Quebec shuffle*, concernait la loi fiscale du Québec, celle de l'Ontario et celle du Canada. Dans le présent texte, l'auteur résume et commente la décision récente de la Cour d'appel du Québec ainsi que la décision de première instance de la Cour du Québec.

ABSTRACT

On January 30, 2009, the Court of Appeal of Québec rendered its decision in *OGT Holdings Ltd. c. SMRQ*, which is its first decision dealing with the General Anti-Avoidance Rule of the Québec Taxation Act. This inter jurisdictional case with respect to a Québec Shuffle planning involves the application of the tax legislations of Québec, Ontario and at the federal level. In the following article, the decisions by the lower court and by the Court of Appeal will be summarized and commented.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	391
1. LES FAITS	392
1.1. LA RGAÉ.....	395
1.2. COMMENTAIRES SUR LES DÉCISIONS DE LA COUR DU QUÉBEC ET DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC	395
1.2.1. L'avantage fiscal admis par les parties.....	395
1.2.2. L'analyse de l'opération d'évitement.....	396
1.2.3. L'analyse de l'abus	400
CONCLUSION	405

INTRODUCTION

Le 30 janvier 2009, la Cour d'appel du Québec rendait son premier arrêt, dans l'affaire *OGT Holdings Ltd. c. SMRQ*¹, à propos de la règle générale antiévitement (ci-après « RGAÉ ») de la *Loi sur les impôts*², soit moins d'un mois après que la Cour suprême du Canada eut rendu sa troisième décision sur la RGAÉ fédérale dans l'affaire *Lipson c. Canada*³. La décision, compte tenu de l'importance des questions qu'elle soulève, était fort attendue.

Le présent texte ne se veut pas une remise en cause du résultat final de la décision rendue par la Cour d'appel du Québec. Il y sera plutôt question des motifs au soutien de celle-ci qui, compte tenu des questions soulevées par cette affaire et par le caractère particulier de la RGAÉ, aurait pu être plus étoffée. Dans ses motifs dissidents rendus dans l'affaire *Lipson*, le juge Binnie mentionnait que l'application de la RGAÉ doit être balisée par la jurisprudence⁴ afin d'éviter que l'arme qu'elle peut être n'ait un effet considérable, sérieux et imprévisible sur la planification fiscale légitime. Bien que dissident et que ses propos aient été atténués dans les motifs de la majorité, rendus par le juge Lebel⁵, ceux-ci restent toutefois pertinents. La RGAÉ fédérale, de même que celle de la *Loi sur les impôts*, permet, en certaines circonstances, aux autorités fiscales de caractériser de nouveau certaines transactions qui, de prime abord, respectent la lettre de la loi afin de modifier les résultats fiscaux obtenus par ailleurs. Toutefois, le langage de la RGAÉ de la *Loi sur les impôts*, et de la RGAÉ fédérale est large et vague. Ainsi, lorsque le juge Binnie dit qu'il appartient aux tribunaux d'en circonscrire la portée, ceux-ci doivent s'efforcer de fixer des lignes directrices cohérentes et intelligibles. Sur ce point, les propos du juge Binnie ne semblent pas avoir trouvé écho auprès de la Cour d'appel du Québec.

¹ 2009 QCCA 191 (ci-après « *OGT Holdings (C.A.)* »).

² L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

³ 2009 CSC 1 (ci-après « *Lipson* »). Les deux décisions précédentes de la Cour suprême en matière de RGAÉ sont les décisions rendues dans les affaires *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601 (ci-après « *Hypothèques Trustco* ») et *Kaulius et autres c. La Reine*, [2005] 2 R.C.S. 643.

⁴ *Lipson*, précité, note 3, par. 55.

⁵ *Id.*, par. 52.

Le jugement de la Cour du Québec⁶ en première instance, dont il sera aussi question dans ce texte, est tout autant discutable. Certaines questions importantes et intéressantes, soulevées par les parties, semblent avoir été ignorées par la Cour. De plus, certains principes établis par les tribunaux fédéraux et par la Cour suprême du Canada à propos de la RGAÉ fédérale ne semblent pas avoir été respectés, ou du moins discutés. Avec respect, il semble, de surcroît, que les deux jugements souffrent de quelques contradictions. Certains de ces points seront soulevés dans le présent texte.

L'affaire *OGT Holdings* soulève certaines particularités. Non seulement il s'agit de la première cause relative à la RGAÉ de la *Loi sur les impôts*, mais de plus cette affaire porte sur une question de fiscalité interjuridictionnelle, d'où une certaine complexité juridique au débat. Cette dernière question, qui pourtant est au cœur du débat, aurait pu faire l'objet d'une analyse plus approfondie tant par la Cour du Québec que par la Cour d'appel du Québec. En effet, à l'exception de l'affaire *MIL (Investments) S.A. c. La Reine*⁷, dans laquelle il était question de l'application de la RGAÉ fédérale à une disposition de la *Convention fiscale entre le gouvernement du Canada et le gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir la fraude fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*⁸, toutes les décisions portant sur la RGAÉ ont porté sur des causes ne concernant que des dispositions d'une seule loi, soit la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁹. Dans l'affaire *OGT Holdings*, des dispositions de trois lois différentes sont en jeu, soit l'article 518 L.I., l'article 85 L.I.R. et l'article 29 de la *Loi sur l'imposition des corporations*¹⁰ de l'Ontario.

1. LES FAITS

Les faits dans l'affaire *OGT Holdings* sont relativement simples. Il s'agit de la vente, par une société québécoise, de l'une de ses filiales par le biais de l'utilisation d'une planification fiscale connue sous le vocable de

⁶ 2006 D.T.C. 6604 (ci-après « *OGT Holdings (C.Q.)* »).

⁷ 2006 CCI 460; confirmé par 2007 CAF 236 (ci-après « *MIL Investments* »).

⁸ Signée le 10 septembre 1999 (ci-après « *Convention* »).

⁹ L.R.C. (1985), 5^e suppl., c. 1 et mod. (ci-après « *L.I.R.* »).

¹⁰ L.R.O. 1990, c. 40 (ci-après « *L.I.C.* »).

Quebec shuffle, un type de planification maintenant rendu obsolète à la suite de l'introduction dans la *Loi sur les impôts*, en 1997, de l'article 521.2 L.I.¹¹

En 1994, la société Nike Acquisition inc. (ci-après « Nike ») s'est montrée intéressée à acquérir 100 % des actions de Canstar Sport inc. (ci-après « Canstar »), alors détenue, directement ou indirectement, par deux sociétés imposables au Québec, soit 161578 Canada inc. et 161709 Canada inc. (ci-après « Sociétés Mères »).

Les sociétés 3098958 Canada inc. et 3098966 Canada inc. (ci-après « Sociétés Cibles ») sont alors constituées et les actions détenues dans Canstar par les Sociétés Mères sont transférées par les Sociétés Mères aux Sociétés Cibles en contrepartie d'actions du capital-actions des Sociétés Cibles. Ce transfert est effectué sur une base de roulement en vertu des articles 85 L.I.R. et 518 L.I.

À la suite de ce transfert, c'est au tour des actions des Sociétés Cibles d'être transférées, par les Sociétés Mères, à une société ontarienne, 658425 Ontario inc. (ci-après « Ontarioco ») en contrepartie d'actions d'Ontarioco. Toutefois, au moment de ce transfert, le choix d'effectuer l'opération sur une base de roulement n'est fait qu'au niveau provincial, en vertu de l'article 518 L.I. L'opération s'effectue donc, à ce palier, à une somme convenue équivalant au prix de base rajusté (ci-après « PBR ») des actions des Sociétés

¹¹ Le ministère des Finances du Québec a annoncé, à l'origine, son intention de prendre des mesures visant à resserrer les règles applicables en matière de roulements, notamment à l'égard des roulements en faveur des sociétés dans le *Bulletin d'information* 96-9 (QUÉBEC, ministère des Finances, « Déclaration ministérielle concernant une réduction des taxes sur la masse salariale pour la création d'emploi et autres mesures fiscales », 19 décembre 1996), idée reprise lors du Discours sur le budget du 25 mars 1997 (QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 1997-1998, Discours sur le budget et Renseignements supplémentaires*, 25 mars 1997). Cette annonce devait donner naissance aux articles 520.1 et 521.2 L.I., applicables aux opérations effectuées après le Discours sur le budget. Au même moment, Revenu Québec prenait la décision d'attaquer toutes les planifications similaires, effectuées antérieurement à la date de prise d'application des articles 520.1 et 521.2 L.I., en vertu de la RGAÉ. Certaines autres modifications devaient, par la suite, être introduites dans la *Loi sur les impôts* en matière de fiscalité interprovinciale afin de lutter, entre autres, contre les *Quebec shuffle*, une planification du même type permettant d'éviter l'impôt provincial par l'utilisation d'une fiducie résidente au Québec, dont les bénéficiaires étaient résidents d'une province autre que le Québec. En effectuant le choix de l'article 663.2 L.I. (l'équivalent provincial du paragraphe 104(13.2) L.I.R.) seulement au Québec, en vertu duquel le revenu de la fiducie, bien que non distribué aux bénéficiaires, n'était imposé que dans les mains de la fiducie, le revenu était imposé au niveau fédéral seulement.

Cibles pour les Sociétés Mères. Ce transfert n'entraîne donc pas, pour les Sociétés Mères, la réalisation d'un gain en capital aux fins fiscales québécoises.

Toutefois, sur le plan fédéral, aucun choix n'est produit en vertu de l'article 85 L.I.R. La transaction, aux fins fédérales, s'effectue donc à la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») des actions au moment du transfert et les Sociétés Mères réalisent ainsi un gain en capital sur la disposition des actions, sur le plan fédéral. Ontarioco, pour sa part, a un PBR, aux fins fédérales, égal à la JVM des actions à ce moment. En vertu de l'article 29 L.I.C. de l'Ontario, le PBR des actions acquises a, aux fins fiscales ontariennes, un PBR équivalant au PBR des actions aux fins fédérales.

Les actions des Sociétés Cibles ne furent finalement vendues à Nike qu'à la suite de ces opérations. Ontarioco, imposable en Ontario, avait donc à ce moment un coût qui équivalait à la JVM de ses actions, et ce, tant aux fins fiscales fédérales qu'aux fins fiscales ontariennes. Ainsi, aucun gain en capital ne fut réalisé par celle-ci au moment de la vente en faveur de Nike.

À la suite de la vente des actions des Sociétés Cibles à Nike, Ontarioco et les Sociétés Mères ont fusionné pour devenir l'appelante, OGT Holdings. Toutefois, de l'admission du sous-ministre du Revenu du Québec, cette fusion ne fait pas partie des faits à la base de la cotisation.

Au terme de cette série d'opérations visant la vente des actions à Nike, l'appelante évita complètement l'impôt provincial sur le gain en capital réalisé à la disposition des actions qu'elle détenait dans Canstar. De plus, en raison de la fusion, le PBR bas que pouvait avoir les Sociétés Mères dans leurs actions d'Ontarioco aux seules fins québécoises disparaissait.

Revenu Québec a établi une cotisation à l'endroit d'OGT Holdings au motif que la RGAÉ de la *Loi sur les impôts* s'appliquait à cette série d'opérations et lui refusa le bénéfice du roulement prévu à l'article 518 L.I. sur le transfert des actions d'Ontarioco en faveur des Sociétés Mères. Par conséquent, au terme de ce redressement, les Sociétés Mères se voient réaliser un gain en capital au moment de cette disposition, gain en capital sur lequel elles doivent, selon Revenu Québec, s'imposer en vertu de la *Loi sur les impôts*.

La Cour du Québec et la Cour d'appel du Québec ont tranché en faveur du Sous-ministre du Revenu du Québec, prenant la position que la RGAÉ de la *Loi sur les impôts* trouvait application dans l'affaire qui leur a été présentée.

1.1. LA RGAÉ

Le libellé de la RGAÉ de la *Loi sur les impôts* est essentiellement similaire à celui de la RGAÉ fédérale. Ainsi, en règle générale, les principes établis relativement à cette dernière devraient donc lui être applicables. La Cour suprême, dans l'arrêt *Hypothèques Trustco*, a établi que les étapes à considérer quant à l'application de la RGAÉ fédérale sont les suivantes :

« 17 L'application de la RGAÉ comporte trois étapes. La première étape consiste à déterminer s'il existe un "avantage fiscal" découlant d'une "opération" au sens des par. 245(1) et (2). La deuxième étape consiste à déterminer si l'opération constitue une opération d'évitement visée par le par. 245(3), en ce sens qu'elle n'a pas été "principalement effectuée pour des objets véritables – l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable". La troisième étape consiste à déterminer si l'opération d'évitement est abusive au sens du par. 245(4). Les trois conditions doivent être remplies pour que la RGAÉ permette de supprimer un avantage fiscal. »

L'affaire *OGT Holdings* sera donc analysée en fonction de ces trois étapes.

1.2. COMMENTAIRES SUR LES DÉCISIONS DE LA COUR DU QUÉBEC ET DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

1.2.1. L'avantage fiscal admis par les parties

L'avantage fiscal a été admis par les parties, et ce, comme dans presque toutes les causes portant sur la RGAÉ fédérale. Le terme « avantage fiscal » était, dans la version de l'article 1079.9 L.I. applicable à l'année en litige, en l'occurrence 1995, défini comme suit :

« "avantage fiscal" signifie une réduction, un évitement ou un report de l'impôt ou d'un autre montant à payer en vertu de la présente loi ou une augmentation d'un remboursement d'impôt ou d'un autre montant en vertu de la présente loi; » (Notre soulignement)

La Cour d'appel du Québec n'a pas discuté de ce point. Quant à la Cour du Québec, elle s'est contentée de constater l'admission faite par l'appelante afin de conclure que cette dernière avait effectivement joui d'un avantage fiscal. Dans le contexte de cette affaire, il aurait été pertinent d'obtenir certains éclaircissements jurisprudentiels quant à la portée de cette notion.

En effet, le libellé de la définition d'« avantage fiscal » apparaît clair de prime abord. Il y aura avantage fiscal s'il y a, notamment, évitement de

l'impôt payable en vertu de la **présente loi**, cette présente loi étant bien entendu la *Loi sur les impôts*. L'évitement de l'impôt étant l'impôt payable en vertu de la *Loi sur les impôts*, nous devons donc être en présence, afin de conclure à un avantage fiscal, d'un évitement de l'impôt québécois. Dans son témoignage, le témoin expert du ministère des Finances semble reconnaître que l'impôt évité n'est pas l'impôt du Québec nécessairement, mais bien l'impôt de toutes les provinces :

« [46] Selon M^e Nolan, nous sommes en présence d'une opération d'évitement (élimination) d'impôt provincial (toutes provinces confondues) lors de la vente des actions par 161709 et 161758 à la société 658425 et non seulement d'un report du gain en capital, puisqu'il suppose que lors de la vente subséquente à Nike, aucun gain en capital ne serait réalisé par 658425 en Ontario¹². »

Ce qui porte à croire qu'il est loin d'être clair que l'impôt évité soit celui du Québec et qu'il y a donc un avantage fiscal résultant de la série d'opérations au sens de la *Loi sur les impôts*. Alors que l'expert appelé à la barre par l'intimé, représentant du ministère des Finances du Québec, reconnaît lui-même que ce qui fut évité est l'**impôt provincial (toutes provinces confondues)**, comment peut-on être certain que l'impôt évité soit celui du Québec? Il pourrait s'agir de l'impôt de n'importe quelle autre province. Aussi bien la Cour du Québec que la Cour d'appel du Québec ne tirent pas compte de cette question bien qu'elle fût pertinente.

Par ailleurs, la pertinence de cette question s'accroît lorsque l'on sait que ce même expert du ministère des Finances du Québec reconnaît que l'article 518 L.I. permet la mobilité interprovinciale des gains en capital¹³. Ainsi, à la lumière de ce qui précède, nous sommes en droit de nous demander sur quelle base l'impôt évité par l'appelante serait celui de la province de Québec plutôt que celui d'une autre province.

1.2.2. L'analyse de l'opération d'évitement

Dans son analyse de la notion d'opération d'évitement, la Cour d'appel du Québec semble entrer en contradiction avec elle-même. Rappelons qu'afin de conclure à la présence d'une opération d'évitement, terme défini à l'article 1079.11 L.I., une opération, ou série d'opérations, doit donner lieu à un avantage fiscal, tel l'évitement de l'impôt du Québec. L'appelante,

¹² *OGT Holdings (C.Q.)*, précité, note 6, par. 46.

¹³ *OGT Holdings (C.A.)*, précité, note 1, par. 24.

OGT Holdings, soutenait que, si un impôt a été évité, il s'agissait de l'impôt de l'Ontario, et non de l'impôt du Québec.

Répondant à cet argument, la Cour d'appel du Québec mentionne ce qui suit :

« [21] Le fisc québécois ne prétend pas agir pour le fisc ontarien; il n'agit pas pour autrui; le fait que le fisc ontarien ne perçoive pas un impôt sur le gain en capital effectivement réalisé par 658425 n'est pas en lui-même pertinent; le tribunal québécois n'aurait certes pas compétence pour intervenir dans le cas où, après l'aliénation à 658425 par 161578 et 161709 des actions de celle-ci dans 309858 et 3098966, le législateur ontarien aurait aboli l'impôt sur les gains en capital ou si, pour une raison ou une autre, le fisc ontarien avait eu droit à un impôt qu'il aurait laissé prescrire¹⁴; » (Notre soulignement)

Ainsi, la Cour laisse entendre que le résultat fiscal ontarien n'est pas pertinent au regard de sa conclusion quant à la notion d'opération d'évitement. Toutefois, quelques paragraphes plus loin, pour étayer son raisonnement, elle mentionne ce qui suit :

« [27] Bref, il n'y a pas eu évitement d'un impôt en Ontario mais 161578 et 161709 ont évité de payer des impôts au Québec sous prétexte qu'un impôt serait payé en Ontario alors qu'en Ontario un impôt n'allais [*sic*] pas être dû¹⁵; »

Malgré les propos qu'elle tient au paragraphe 20 quant à la pertinence du résultat fiscal ontarien, la Cour d'appel du Québec semble tout de même appuyer une partie de son raisonnement sur le fait qu'aucun impôt n'est payable en Ontario. Au paragraphe suivant, elle ajoute :

« [28] Il n'est pas pertinent de dire que si 161578 et 161709 avaient fait le même choix à l'égard du fisc fédéral, l'impôt sur le gain en capital réalisé par 658425 en déposant chez Nike ses actions dans le capital social de 3098958 et 3098966 aurait été dû au fisc ontarien et non au fisc québécois; ce n'est pas la situation qui est devant nous¹⁶; »

Avec égards, nous croyons que comparer les résultats qui auraient été obtenus aux fins fiscales québécoises si un choix similaire avait été effectué aux fins fédérales, avec les résultats obtenus en effectuant un choix distinct, revêt un intérêt certain. Il ne peut être conclu à l'évitement dans cette

¹⁴ *Id.*, par. 21.

¹⁵ *Id.*, par. 27.

¹⁶ *Id.*, par. 28.

situation qu'en comparant la situation de l'appelante à ce que la situation aurait été si le choix avait été effectué sur le plan fédéral. D'autant plus que la Cour reconnaît que l'article 518 L.I. permet la mobilité interprovinciale des gains en capital :

« [24] L'article 518 L.I.Q. permet la mobilité des gains en capital. Mais à la condition que l'acquéreur du bien soit une corporation canadienne et que cette corporation soit imposable. Donc, l'article 518 L.I.Q. présume qu'au bout du compte un impôt sera payé sur un gain en capital¹⁷; »

À la lumière de ce commentaire, il aurait donc été intéressant que la Cour fasse l'exercice comparatif entre la situation qui lui a été présentée et la situation hypothétique soulevée au paragraphe 28 de la décision, à savoir comment elle aurait tranché dans l'optique où un choix aurait été produit au fédéral. Pour trancher en faveur de Revenu Québec, dans cette situation, elle aurait dû en venir, dans son analyse finale relative à la notion d'abus, à une conclusion voulant que la mobilité des gains en capital aille à l'encontre de la politique fiscale sous-jacente à l'article 518 L.I. À l'inverse, trancher en faveur de l'appelante aurait forcé à aborder de façon plus détaillée le débat à savoir lequel, de l'impôt du Québec ou de l'Ontario, a été évité.

Il est vrai que, comme le mentionne la Cour, l'article 518 L.I. présume qu'un impôt provincial sera payé au bout du compte, tout comme les dispositions de roulements de chacune des autres provinces le présument probablement. Toutefois, de par son régime fiscal distinct et donc non intégré au régime canadien et à celui des autres provinces canadiennes, le Québec a créé une faille dans ce système en permettant d'effectuer un choix différent sur le plan provincial de celui effectué sur le plan fédéral. Faille qui permettait non seulement aux sociétés imposables au Québec d'éviter l'impôt provincial, mais qui le permettait également aux sociétés imposables dans les autres provinces¹⁸. Ainsi, le Québec pourrait être perçu comme tentant de s'arroger des montants d'impôts qui, peu importe l'existence ou non de cette faille, auraient tout aussi bien pu ne jamais lui revenir.

¹⁷ *Id.*, par. 24.

¹⁸ En effet, par l'utilisation d'un *Quebec shuffle* entrant, un contribuable imposable dans une autre province pouvait, avant l'introduction des articles 520.1 et 521.2 L.I., éviter aussi de payer l'impôt provincial en utilisant la *Loi sur les impôts*. Il s'agissait de transférer un bien à une société québécoise en effectuant un choix en vertu de l'article 85 L.I.R., mais en ne produisant aucun choix équivalant au Québec. Le coût d'acquisition du bien, lors d'une vente subséquente par la société québécoise, était, aux fins de la *Loi sur les impôts*, la JVM au moment du transfert de ce bien à cette dernière société.

Un autre point soulève certaines questions dans l'analyse de la Cour d'appel. En effet, celle-ci, pour appuyer sa position, semble vouloir donner à un terme défini dans la *Loi sur les impôts*, son sens ordinaire :

« [25] Sachant qu'aucun impôt sur les gains en capital ne serait payé par 658425 en Ontario, 161578 et 161709 en réalité aliénaient leurs biens à une corporation non imposable;

[26] Si le mot "imposable" de l'article 518 L.I.Q. ne peut être étiré au point qu'on puisse faire le raisonnement mentionné au paragraphe précédent, on peut quand même s'en inspirer pour conclure que l'esprit de l'article 518 L.I.Q. ne tolère pas qu'un contribuable puisse utiliser un outil prévu pour reporter une obligation dans un but d'annuler cette obligation;¹⁹ »

Afin de bénéficier des règles du roulement de l'article 518 L.I., le bien faisant l'objet du roulement devait être cédé en faveur d'une corporation canadienne imposable. L'expression « corporation canadienne imposable » était un terme défini à l'article 1 L.I., par renvoi au paragraphe 570m) L.I. Cette expression visait les corporations canadiennes, autre terme défini, qui n'était pas des corporations exemptées, en vertu d'une disposition législative, de l'impôt de la Partie I L.I. Ainsi, la définition de « corporation canadienne imposable » excluait les corporations visées au titre 1 du livre VIII de la Partie I L.I. Étaient donc notamment exclues (et le sont toujours) les organismes sans but lucratif, les œuvres de charité et certaines sociétés publiques.

De façon générale, lorsqu'une expression est définie dans la *Loi sur les impôts*, cette expression doit être interprétée selon le sens qui lui est donnée par le législateur. Ce n'est qu'à défaut d'une telle définition législative qu'il sera permis de donner à l'expression son sens ordinaire. Ici, la Cour, afin d'illustrer son point à savoir que l'esprit de la lettre de l'article 518 L.I. n'a pas été respecté²⁰, donne son sens ordinaire à une expression définie et qualifie l'appelante de « corporation non imposable », par opposition à l'expression « corporation canadienne imposable ». De plus, son raisonnement n'est pas tout à fait juste. Ce n'est pas parce que la société ontarienne n'a pas d'impôt à payer en raison du fait qu'elle ne réalise aucun gain en capital que cela en fait une société non imposable. Un gain aurait été

¹⁹ *OGT Holdings (C.A.)*, précité, note 1, par. 25 et 26.

²⁰ Il importe de souligner que cette analyse de l'esprit de l'article 518 L.I. figure dans l'analyse de l'opération d'évitement faite par la Cour d'appel du Québec. L'analyse de l'esprit d'une disposition doit plutôt être faite lors de l'analyse de la notion d'abus.

réalisé, qu'elle aurait eu à s'imposer sur celui-ci. Sur ce point, l'esprit et la lettre de l'article 518 L.I. étaient respectés.

1.2.3. L'analyse de l'abus

Tant la Cour du Québec que la Cour d'appel du Québec ont conclu que la série d'opérations en cause constituait un abus des dispositions de la *Loi sur les impôts* lue dans son ensemble, car elles ont permis l'évitement de tout l'impôt provincial sur un gain en capital par l'utilisation de dispositions législatives ne visant qu'à permettre le report de cet impôt.

La Cour d'appel du Québec, entérinant l'analyse de la Cour du Québec concernant le critère de l'abus, se trouve à avoir commis la même erreur que cette dernière²¹. En effet, la Cour du Québec, dans sa décision, avait fondé son analyse de l'abus de l'article 518 L.I. sur l'objet global de la série d'opérations. Ce faisant, celle-ci confondait les critères applicables à l'analyse de l'abus avec ceux portant sur la recherche d'une opération d'évitement. La Cour du Québec concluait à la présence d'un abus sur la base de commentaires du juge Archambault de la Cour canadienne de l'impôt dans la cause *Desmarais c. La Reine*²² ayant trait aux critères applicables afin de déterminer s'il y a ou non opération d'évitement. Dans le passage cité par la Cour du Québec, il était question de déterminer si les transactions avaient été effectuées principalement pour des motifs fiscaux autres que des objectifs commerciaux véritables. De plus, celle-ci a omis de se pencher sur le critère établi par la Cour suprême afin de conclure à l'abus, soit que la transaction d'évitement en cause frustrer l'esprit de la disposition utilisée; ce qui sous-tend une analyse de la politique fiscale sous-jacente à la disposition utilisée par le contribuable et de l'effet de l'opération ou de la série d'opérations sur l'objet de la disposition en cause. Ainsi, la majorité dans l'affaire *Lipson* s'est dite d'avis qu'à cette étape de l'analyse, l'accent devait être mis sur les effets de l'opération ou de la série d'opérations plutôt que sur son objet :

« [38] Les appelants contestent le critère de l'«objet global» pour une autre raison. À leur avis, le juge de la Cour de l'impôt a pu, en appliquant ce critère, tenir compte de la motivation des contribuables ou de la véritable fin économique des opérations ou de leur raison d'être économique. Ils soutiennent qu'aucun de ces éléments n'est déterminant à cette étape de l'analyse (mémoire des appelants, par. 140). Ils ont raison sur ce point. Il ressort en effet de l'arrêt *Trustco Canada* que la démarche appropriée pour l'application du par. 245(4)

²¹ Voir *OGT Holdings (C.A.)*, précité, note 1, par. 29 à 32.

²² 2006 CCI 44.

consiste à déterminer si l'opération contrecarre l'objet ou l'esprit des dispositions qui confèrent l'avantage fiscal. Un objectif d'évitement est nécessaire pour qu'il y ait violation de la RGAÉ suivant le par. 245(3), mais son existence n'est pas décisive pour l'application du par. 245(4). Ce n'est que dans la mesure où ils établissent que l'opération contrecarre ou non l'objet des dispositions pertinentes que la motivation, la fin et la raison d'être économique sont prises en compte pour les besoins du par. 245(4) (Trustco Canada, par. 57-60).

[39] En ce qui concerne les motifs de la Cour de l'impôt, ce que le juge en chef Bowman entend par "objet global" n'est pas tout à fait clair. Il applique certes le cadre d'analyse établi par notre Cour dans l'arrêt *Trustco Canada* (par. 17-30), mais à certains moments, il paraît aussi s'appuyer sur la motivation des contribuables et sur la raison d'être économique des opérations. Par exemple, au par. 31, il dit que l'objectif principal des opérations était de rendre déductible l'intérêt hypothécaire. Or, je le répète, il semble mettre l'accent sur l'effet de la série d'opérations. J'examine maintenant les opérations comprises dans la série²³. » (Notre soulignement)

La Cour d'appel du Québec, quant à elle, a procédé à l'examen de la politique fiscale sous-tendant l'article 518 L.I. et a analysé si oui ou non cette intention du législateur a été frustrée. Elle mentionne, dans ses motifs, ce qui suit :

« [33] Le but de l'article 518 L.I.Q. est de permettre le report de la réalisation d'un gain en capital et non de servir dans une stratégie pour éviter le paiement d'un impôt sur un gain en capital;

[34] Rien ne s'opposait à ce que, pour les fins du fisc fédéral, on attribue à l'aliénation un prix représentant la juste valeur marchande des biens cédés. Mais, concomitamment et du même souffle, on ne pouvait utiliser l'article 518 L.I.Q. et provoquer le report d'un paiement d'impôt qui ne serait jamais fait. C'était dénaturer et pervertir l'article 518 L.I.Q. et cela constituait un évitement abusif au sens où on l'entend dans l'arrêt *Lipson c. [sic] Lipson*, 2009 CSC 1, paragr. 40²⁴. »

Ainsi, selon la Cour d'appel du Québec, la contribuable a enfreint la politique fiscale en évitant l'impôt sur le gain en capital par l'utilisation d'une disposition visant seulement à en permettre le report. Dans l'affaire *Hypothèques Trustco*, la Cour suprême du Canada mentionnait que « [s]'il n'est pas certain qu'il y a eu évitement fiscal abusif, il faut laisser le bénéfice du doute au contribuable »²⁵. Dans un contexte de fiscalité purement

²³ *Lipson*, précité, note 3, par. 38-39.

²⁴ *OGT Holdings (C.A.)*, précité, note 1, par. 33-34.

²⁵ *Hypothèques Trustco*, précité, note 3, par. 60.

québécoise, l'évitement de l'impôt québécois par l'utilisation d'un mécanisme de report aurait pu suffire à conclure à l'évitement fiscal abusif. Toutefois, dans le contexte de l'affaire *OGT Holdings*, il pourrait être soutenu qu'il est nécessaire de trouver plus. Tel qu'il a été mentionné précédemment, ce n'est pas exactement l'impôt québécois qui fut évité, mais bien l'impôt provincial en général. La Cour d'appel du Québec mentionne ce qui suit :

« [35] Le fait qu'ultérieurement le législateur a modifié la loi pour formellement interdire la stratégie adoptée par 161578 et 161709 n'a pas de pertinence puisqu'avant la modification, cette stratégie engendrait un résultat anormal et imprévu et était en conséquence abusive²⁶; »

Il n'est pas certain que la Cour d'appel du Québec ait raison. Le résultat est anormal. Peut-être. Mais il n'est pas anormal pris dans un contexte purement québécois. Dans ce contexte, il est tout à fait normal que, si un choix est fait en vertu de l'article 518 L.I., ce choix ait les conséquences qu'il a eues. Le résultat est anormal dans le contexte interprovincial²⁷. Et, au moment du litige, rien dans la *Loi sur les impôts* ne laissait entendre qu'il y avait une certaine politique fiscale générale visant à contrecarrer les planifications interprovinciales. Ainsi, le système fiscal québécois, à défaut d'être intégré à celui des autres provinces et à celui du fédéral, devait démontrer une intention claire de s'harmoniser afin de faire échec à la planification interprovinciale abusive.

Le Québec a pris la décision de se doter d'un régime fiscal distinct. Ce faisant, le Québec a fait un choix clair. D'une part, le Québec garde toute sa liberté et toute latitude quant à la politique fiscale qu'il entend mettre en œuvre et, d'autre part, il doit tenir pour acquis que, lorsqu'il désire se rallier à la politique fiscale établie par le ministère des Finances du Canada, il lui appartient de légiférer en ce sens. Les autres provinces, quant à elles, ont fait le choix d'avoir un régime fondé sur la loi fédérale, avec la possibilité, pour elles, de rendre certaines dispositions inapplicables en matière provinciale à leur guise en légiférant en ce sens. Ainsi, la grande différence entre le régime fiscal québécois et celui des autres provinces est qu'à défaut de dispositions à l'effet contraire, son régime n'est pas parfaitement intégré à celui du fédéral, ni, par extension, à celui des autres provinces. Il apparaît clair que l'intention des autres provinces canadiennes est de rendre applicables en matière provinciale les conséquences d'un choix fédéral, et ce, aux mêmes

²⁶ Précité, note 1, par. 35.

²⁷ Et ce, bien que le contexte fédéral ne soit pas pris en compte.

conditions que celles du fédéral. Tous ces autres régimes, sans exception, ne prévoient pas la possibilité de faire un roulement de l'article 85 L.I.R. à une somme convenue différente de celle choisie au niveau fédéral lorsque le bien a fait l'objet d'un roulement à une société imposable dans l'une de ces autres provinces. Seul le Québec le prévoyait. La conclusion à laquelle en est venue la Cour d'appel du Québec, indiquant que l'abus découlait justement du fait qu'un choix différent a été effectué aux fins fiscales québécoises, semble injustifiée en l'absence d'une démonstration claire selon laquelle une politique fiscale à cet effet existait dans la *Loi sur les impôts*.

L'affaire *OGT Holdings* n'est pas sans rappeler l'affaire *MIL Investments*²⁸, où il était question de l'application de la RGAÉ fédérale en matière de chalandage fiscal où la Cour canadienne de l'impôt a émis certains commentaires ayant leur pertinence en l'espèce. Dans l'affaire *MIL Investments*, la société appelante devant la Cour canadienne de l'impôt, résidente des îles Caïmans à l'origine, détenait une participation de 11 % dans une société résidente du Canada et cotée à la Bourse de Toronto, Diamond Field Resources (ci-après « DFR »), société dont une grande partie de la valeur était attribuable à des avoirs miniers situés au Canada. L'appelante, MIL Investments, vendit certaines de ses actions de DFR à une tierce partie afin de réduire sa participation sous la barre des 10 % et ensuite fut prorogée au Luxembourg. Elle vendit ensuite, moins d'un mois après sa prorogation, le reste de sa participation dans DFR et se prévalut de l'article 13 de la Convention. En vertu de cet article, le gain en capital réalisé à la disposition d'actions d'une société dont plus de 50 % de la valeur des actifs est attribuable à des biens immeubles situés au Canada est exempté d'impôt au Canada si la personne ayant disposé des actions ne détenait pas, au moment de la disposition, une participation de plus de 10 % dans la société. De plus, aucun impôt n'était payable au Luxembourg, le coût des actions aux fins fiscales luxembourgeoises étant égal à la JVM de celles-ci au moment de la prorogation. Au moment de la vente, ce coût excédait le montant de la contrepartie reçue par MIL Investments. L'Agence du revenu du Canada cotisa MIL Investments en vertu de la RGAÉ au motif que MIL Investments avait abusé de l'article 13 de la Convention. Dans son analyse de la notion d'abus de la Convention, le juge Bell mentionna ce qui suit :

« [73] Le Canada a négocié un vaste éventail de conventions fiscales avec de nombreuses nations. Avant de négocier la Convention fiscale, le Canada était sans doute au courant du traitement des gains en capital au Luxembourg. L'article 13, qui concerne l'imposition des gains en capital en vertu de la Convention fiscale, est ainsi libellé :

²⁸ Précité, note 7.

[...]

Selon la règle générale énoncée au paragraphe 13(5) de la Convention fiscale, les gains en capital ne sont imposables que dans l'État dont le contribuable est un résident (Luxembourg). Une exception est prévue relativement à l'imposition des biens immobiliers situés dans l'autre État contractant (Canada). Le droit du Canada d'exiger un impôt à l'égard du gain en capital sur les biens immobiliers fait également l'objet de deux autres restrictions qui sont énoncées au paragraphe 13(4). Il s'agit du droit d'exiger un impôt sur les biens immobiliers dans lesquels une société exerce son activité et sur ceux dans lesquels le contribuable détient une participation inférieure à une participation substantielle (participation de moins de 10 p. 100).

[74] Les deux exemptions énoncées au paragraphe 13(4) de la Convention fiscale ne figurent pas dans le modèle de convention de l'OCDE sur lequel la Convention fiscale est fondée. Il faut présumer que, lorsque ces exemptions ont été rédigées, le Canada avait une raison valable de permettre au Luxembourg de conserver le droit d'exiger un impôt sur les gains en capital dans ces circonstances précises, par exemple, le désir d'encourager les investissements étrangers dans les propriétés canadiennes. L'utilisation par l'appelante d'une disposition d'une convention acceptée tant par le Canada que par le Luxembourg ne peut être considérée comme une utilisation abusive ou erronée. S'il est préoccupé par les taux d'imposition plus avantageux de ses partenaires fiscaux, le Canada devrait tenter de négocier certaines conventions fiscales plutôt qu'appliquer l'article 245²⁹. » (Notre soulignement)

Ce raisonnement aurait tout aussi bien pu être tenu dans l'affaire *OGT Holdings*. En effet, le Québec, tel qu'il a été mentionné plus haut, a fait le choix de se doter d'un régime fiscal distinct. Ce choix entraîne donc son lot de conséquences. L'article 518 L.I. permet d'effectuer le choix de reporter un gain en capital sur un actif lorsque cet actif est transféré à une société en contrepartie d'actions à une somme convenue choisie par le contribuable. Il ne prévoit pas que le choix fédéral vaut pour le choix provincial, comme c'est le cas dans les autres provinces canadiennes. Le Québec a agi en pleine connaissance de cause. Il savait, ou aurait dû savoir, qu'il permettait ainsi qu'un choix différent pût être effectué au niveau fédéral, ou même, comme c'est le cas dans l'affaire *OGT Holdings*, qu'il permettait qu'un choix pût être fait au Québec alors qu'aucun choix n'était effectué au niveau fédéral, avec les conséquences que cela entraîne. Ainsi, conclure à l'abus d'une disposition de la *Loi sur les impôts* alors qu'en fait il ne s'agit que de la résultante de la décision du législateur québécois de se doter d'un système fiscal distinct, et donc, par le fait même, non intégré au système fiscal du reste du pays, peut sembler étrange. Afin de pallier cela, et

²⁹ *Id.*, par. 73-74.

de s'ajuster au système du Canada et des autres provinces, le Québec doit procéder par voie législative et démontrer son intention ferme de le faire comme ce fut le cas en 1997, lorsque la décision fut prise de mettre fin au *Quebec shuffle* par voie législative³⁰.

CONCLUSION

Il aurait été intéressant que la Cour du Québec et la Cour d'appel du Québec se penchent de manière plus approfondie sur les problèmes d'application de la RGAÉ de la *Loi sur les impôts* en matière interjuridictionnelle, d'autant plus que ce sujet semble être au cœur des préoccupations du ministère des Finances du Québec. En effet, faisant suite à une annonce effectuée dans le Budget du Québec 2008-2009³¹, la ministre des Finances, Monique Jérôme-Forget, lançait, le 30 janvier 2009, soit la journée même où fut rendu le jugement dans l'affaire *OGT Holdings*, la tenue d'une consultation sur les planifications fiscales agressives, annonce qui était accompagnée de la publication d'un document intitulé : *Les Planifications agressives : document de consultation*, dans lequel sont énumérés plusieurs autres stratagèmes d'évitement d'impôt interprovincial auxquels le ministère des Finances semble vouloir s'attaquer.

Point fort intéressant à noter, le ministère des Finances, dans son document de consultation, propose d'étendre la portée de la RGAÉ afin d'ajouter à la liste des lois à l'égard desquelles un abus doit être commis afin de conclure à l'application de la RGAÉ, toutes lois fiscales édictées par une autre province du Canada. Compte tenu de la position prise tant par la Cour du Québec que de celle prise par la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *OGT Holdings*, cette mesure n'est peut-être pas nécessaire, les tribunaux ayant déjà conclu à l'applicabilité de la RGAÉ de la *Loi sur les impôts* en matière interjuridictionnelle malgré l'ajout proposé.

Au moment d'écrire ces lignes, la Cour suprême du Canada n'avait pas rendu sa décision relativement à la demande d'autorisation de pourvoi faite par *OGT Holdings* et produite le 31 mars 2009. Espérons que la demande soit acceptée et que la Cour suprême mette un peu de lumière sur les questions soulevées par l'affaire *OGT Holdings* qui ont été laissées en suspens par la Cour du Québec et la Cour d'appel du Québec.

³⁰ Voir note 10.

³¹ QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2008-2009, Discours sur le budget et Renseignements supplémentaires*, 13 mars 2008.

L'ASSOCIATION DE PLANIFICATION FISCALE ET FINANCIÈRE

NATURE ET MISSION DE L'ORGANISME

Fondée en 1976, l'Association de planification fiscale et financière (APFF) est un organisme à but non lucratif, indépendant et non gouvernemental, dédié à l'avancement des connaissances et à l'amélioration des compétences de ses membres en matière de fiscalité, de planification financière et de gestion patrimoniale. Elle se reconnaît également la responsabilité de soumettre à l'attention des gouvernements fédéral et provincial tout avis susceptible de bonifier la législation fiscale et toute autre législation liée à sa mission, dans l'intérêt de ses membres et de la communauté, au-delà de toute partisanerie.

L'APFF privilégie une approche pluridisciplinaire des problématiques typiques auxquelles font face ses membres. Elle constitue un important réseau d'échange, de consultation, d'information et de formation continue au service des professionnels œuvrant dans l'un ou l'autre de ses domaines d'intervention.

EFFECTIFS

L'APFF regroupe des professionnels issus de différentes disciplines, principalement des comptables, avocats, conseillers en sécurité financière, notaires et planificateurs financiers. De plus, elle répond aux besoins des économistes, administrateurs agréés, conseillers en valeurs mobilières, banquiers et actuaires, de même qu'à ceux de toute personne intéressée directement ou indirectement au domaine de la planification fiscale et financière.

L'APFF compte près de 2 000 membres.

ACTIVITÉS DE FORMATION

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

L'APFF donne également, à raison de 2 sessions de 10 semaines par année, des cours en fiscalité (*Impôt des sociétés*, séries 1 et 2; *Planification fiscale et financière des particuliers*, séries 3 et 4; *TPS et TVQ*, série 5; *Fiscalité internationale*, série 6, incluant volumes et service de mise à jour dans chacun des cas). Ces cours sont également offerts par correspondance.

En octobre, l'APFF tient son congrès annuel de trois jours, en alternance entre Montréal et Québec.

PUBLICATIONS

L'APFF publie annuellement de nombreux ouvrages couvrant tous les aspects de la planification fiscale, successorale et financière.

Les membres de l'APFF reçoivent la **Revue de planification fiscale et successorale** (quatre fois l'an), la revue **Stratège** (quatre fois l'an), le **Livre du Congrès** en deux tomes (une fois l'an). Le résumé des budgets des gouvernements du Québec et du Canada est présenté sur le site Internet de l'APFF le lendemain des budgets.

Un bulletin d'information consacré à l'actualité fiscale, le **Flash fiscal**, vendu sur abonnement, est publié environ 20 fois par année, habituellement toutes les deux semaines. Des numéros spéciaux paraissent également le lendemain des budgets fédéral et provincial.

L'APFF publie aussi un ouvrage intitulé **Les impôts sur le revenu et le décès**, avec service de mise à jour.

Toutes les publications de l'APFF, depuis sa fondation, sont également répertoriées dans un recueil intitulé **Liste des publications**.

Depuis octobre 1998, un service d'information fiscale électronique, la **Collection APFF**, est offert sur CD-ROM ou par Internet. Cette collection présente la documentation émise par l'APFF (depuis 1991, les textes des congrès, des colloques, de la **Revue de planification fiscale et successorale** et, depuis 2002, les textes de la revue **Stratège** et des cours en fiscalité des séries 3 et 4). La **Collection APFF** comporte un volet « Planification financière, retraite et succession » et un volet « Impôt et taxes ». Quatre mises à jour sont prévues chaque année. La **Collection APFF** est commercialisée par la société Publications CCH ltée et est vendue par abonnement, en communiquant avec un représentant au numéro sans frais 1 800 363-8304.

ADHÉSION

Toute personne qui désire devenir membre de l'APFF doit remplir le formulaire d'adhésion, le faire parvenir à l'APFF, accompagné d'un chèque de **340 \$ + taxes = 383,78 \$** (dans le cas d'étudiants ou de professeurs à temps plein : **110 \$ + taxes = 124,16 \$** et dans le cas de fonctionnaires à temps plein : **170 \$ + taxes = 191,89 \$**).

MEMBRES CORPORATIFS DE L'APFF

L'APFF accueille, à titre de membres corporatifs, plus de 90 entreprises provenant de différents secteurs d'activités et ordres professionnels.

Toutes les entreprises désirant participer à l'essor de la planification fiscale et financière peuvent le faire en adhérant à l'Association par une contribution annuelle (**1 000 \$ + taxes = 1 128,75 \$**) sous forme de cotisation de membre corporatif.

SIÈGE SOCIAL DE L'APFF

Le siège social de l'APFF est sis au 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

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 2009-2010

Présidente du conseil

Renée Gallant, CA, M. Fisc.

Gallant & Associés CA s.e.n.c.r.l.

Vice-présidente

Anne-Marie Girard-Plouffe, Adm.A., Pl. Fin., AVA, GPC, FICVM

Option Fortune inc.

Secrétaire

Hélène Marquis, avocate, D. Fisc., Pl. Fin., TEP

Financière Sun Life

Trésorier

Maurice Fréchette, CGA

Power Corporation du Canada

Président sortant

Jean Groleau, avocat

Fraser Milner Casgrain s.e.n.c.r.l.

Membres

Benoît Desjardins, CA, M. Fisc.

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

Carl Deslongchamps, D. Fisc.

KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.

Éric Labelle, avocat

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

Stéphane Leblanc, CA

Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.

André L'Espérance, LL. L.

Services financiers FBN

Alain Ménard, avocat, BA, MBA

Cain Lamarre Casgrain Wells s.e.n.c.

René Roy, avocat, CA

Fasken Martineau DuMoulin s.e.n.c.r.l., s.r.l.

Diane Tsonos, avocate

RSM Richter Chamberland s.e.n.c.r.l.

Président-directeur général

Maurice Mongrain, avocat

APFF