

apff

association
de planification
fiscale et financière

R E V U E

A P F F
**PLANIFICATION
FISCALE
ET FINANCIÈRE**

Vol. 30, n° 1 • 2010

La Revue a eu 30 ans! <i>Chantal Jacquier</i>	7
Nouvelles règles de TPS/TVH applicables aux régimes de pension <i>Lorraine Jutras</i>	11
Mise à jour concernant l'annulation pour cause d'erreur et la rectification au Québec <i>Marc Duval</i>	37
Traitement fiscal des gains et pertes issus d'un contrat de change à terme <i>Catherine Giroux</i>	77

**Revue de
planification fiscale
et financière**

Cette publication doit être citée : (2010), vol. 30, n° 1
*Revue de planification fiscale
et financière*

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

Veillez adresser toute correspondance à :

APFF

1100, boul. René-Lévesque Ouest, bureau 660

Montréal (Québec) H3B 4N4

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

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

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

© 2010, 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, 2^e trimestre 2010

Bibliothèque nationale du Québec

Bibliothèque nationale du Canada

COMITÉ DE LA REVUE

PRÉSIDENTE :

Chantal Jacquier, avocate, LL. M.

COORDONNATRICE :

Diane Gagnon, avocate

Directrice de l'édition – APFF

MEMBRES :

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.

Yves-André Grondin, avocat,

M. Fisc., CPA

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

Michel Ostiguy, avocat, M. Fisc.

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

Dave Santerre, 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

POLITIQUE ÉDITORIALE

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

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

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 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*.

Toute personne intéressée à publier un texte dans la *Revue* est invitée à communiquer avec M^c 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. 30, n° 1 • 2010

- **La Revue a eu 30 ans!**
Chantal Jacquier 7
 - **Nouvelles règles de TPS/TVH applicables
aux régimes de pension**
Lorraine Jutras 11
 - **Mise à jour concernant l'annulation pour
cause d'erreur et la rectification au Québec**
Marc Duval 37
 - **Traitement fiscal des gains et pertes issus d'un
contrat de change à terme**
Catherine Giroux 77
-

LA REVUE A EU 30 ANS!

CHANTAL JACQUIER, AVOCATE, LL. M.
PRÉSIDENTE DU COMITÉ DE LA
REVUE DE PLANIFICATION FISCALE ET FINANCIÈRE

L'Association de planification fiscale et financière, alors appelée Association québécoise de planification successorale, avait trois ans quand, en mars 1979, le premier numéro de la *Revue* a vu le jour!

Timide d'allure à ses débuts, la *Revue* a pris, au fil des ans, de l'assurance quant à sa présentation. Mais elle a toujours été fière de ses auteurs. Dès le départ, la *Revue* a diffusé les textes soumis par les professionnels qui avaient à cœur de faire part de leur expérience et de leurs recherches dans le domaine de la planification fiscale et successorale, qu'ils soient avocats, notaires, comptables, assureurs, fiduciaires ou conseillers. La *Revue* publie aujourd'hui encore des textes qui contribuent à l'avancement des connaissances et à l'amélioration des compétences des membres de l'APFF en matière fiscale et financière.

Par les articles publiés au cours des 30 dernières années, la *Revue* a fait plus qu'informer les membres de l'APFF. Elle fait maintenant partie de la doctrine de langue française en fiscalité au Canada. Or, comme le soulignait le juge Pierre Archambault de la Cour canadienne de l'impôt lors du 25^e anniversaire de la *Revue*, la doctrine est « un facteur important d'évolution »¹. Elle « remplit un double but ». Le juge Archambault citait à cet égard les auteurs Denis Le May et Dominique Goubau dans *La Recherche documentaire en droit*² : « [...] d'une part, elle permet d'effectuer une synthèse du droit applicable; d'autre part, elle rend possible une critique du droit, car elle en montre les lacunes et en propose la

¹ Pierre ARCHAMBAULT, « La *Revue de planification fiscale et successorale* – Une œuvre doctrinale », (2004), vol. 25, n^o 3 *Revue de planification fiscale et successorale* 427-432, p. 428.

² Denis LE MAY et Dominique GOUBAU, *La Recherche documentaire en droit*, 5^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 230.

réforme »³. Merci à tous les auteurs qui ont généreusement donné leur temps et leur talent pour s'exprimer dans des articles de la *Revue*.

La complexité de la législation fiscale, l'évolution des normes comptables, la multiplicité des échanges entre les pays montrent le besoin croissant d'approfondir les connaissances fiscales et financières et de mieux les diffuser. La formation et l'expérience des membres de l'APFF font de ceux-ci un réservoir de ces connaissances que la *Revue* veut se charger de transmettre à l'ensemble de la communauté.

Aussi, la *Revue* a l'ambition de prendre un nouvel essor au cours de l'année 2010.

- **Son nom** : La *Revue* commence par changer de nom. Elle s'appelle désormais *Revue de planification fiscale et financière*, s'alignant ainsi sur le nom actuel de l'APFF (Association de planification fiscale et financière).
- **Sa visibilité** : La *Revue* se veut plus visible et ouverte sur l'extérieur. Les titres des articles publiés dans ses pages, ainsi que les précis/*abstracts* publiés au début des articles depuis fin 2007⁴ seront bientôt sur le site Internet de l'APFF. Ils seront aussi prochainement répertoriés dans des banques de données internationales. Les recherches en seront facilitées et les auteurs mieux connus.
- **Son accessibilité** : La *Revue* sera offerte en format électronique à compter de l'automne 2010.
- **Sa contribution aux connaissances** : La *Revue* veut continuer de contribuer en profondeur à l'échange des connaissances et des idées, au gré des préoccupations fiscales et financières actuelles, en publiant les travaux d'auteurs d'expérience qui s'y expriment en leur nom propre.

En somme, la *Revue* se veut une vitrine de la vitalité des membres de l'APFF. Elle compte sur la collaboration de tous, dans un désir toujours

³ P. ARCHAMBAULT, *loc. cit.*, note 1.

⁴ L'innovation des précis/*abstracts*, présentée par M^{me} Suzanne Landry, alors présidente du comité de la *Revue*, relevait déjà d'un esprit d'ouverture et de diffusion à une plus grande échelle. Suzanne LANDRY et Diane GAGNON, « La *Revue* : de la nouveauté dans la continuité », (2007-2008), vol. 28, n° 1 *Revue de planification fiscale et successorale* 17-18.

vivant de partage des connaissances et des compétences en matière fiscale et financière.

Toute personne intéressée à apporter sa contribution à la *Revue de planification fiscale et financière* peut soumettre un texte de fond, ne dépassant pas 35 pages de façon générale, au comité de la *Revue* qui l'examinera en respectant la politique éditoriale en vigueur.

À cette fin, vous êtes invité à communiquer avec M^c Diane Gagnon, directrice de l'édition et coordonnatrice du comité de la *Revue*, par téléphone au 514 866-2733, poste 209, ou par courriel à l'adresse électronique gagnond@apff.org.

NOUVELLES RÈGLES DE TPS/TVH APPLICABLES AUX RÉGIMES DE PENSION

LORRAINE JUTRAS, LL. B., D. FISC.
SAMSON BÉLAIR/DELOITTE & TOUCHE S.E.N.C.R.L.

PRÉCIS

Le 23 septembre 2009, le ministre des Finances du Canada a publié, par le biais d'un communiqué de presse, des propositions législatives (accompagnées de notes explicatives) applicables aux régimes de pension. Ces nouvelles règles ont été reprises dans le Projet de loi C-9. Elles font suite à des consultations tenues après la publication d'un premier communiqué de presse le 26 janvier 2007. Ces nouvelles règles mettent fin à l'application de la politique fiscale de l'Agence du revenu du Canada publiée dans le *Bulletin d'information technique* B-032R et restreignent aussi considérablement la portée de l'affaire *General Motors du Canada Ltée c. La Reine*. Le présent article résume l'ancienne politique administrative de l'Agence du revenu du Canada, l'affaire *General Motors du Canada* ainsi que les nouvelles règles mentionnées plus haut.

ABSTRACT

On September 23, 2009, the Minister of Finance of Canada published by Press Release, legislative proposals and explanatory notes applicable to pension plans. These new rules have been incorporated in Bill C-9. These rules follow consultations held further to the publication of a Press Release on January 26, 2007. The proposed legislation replaces the Canada Revenue Agency's administrative policy published in the Technical Information Bulletin B-032R and limits considerably the application of the case *General Motors of Canada Ltd. v. R.* This paper is a summary of the Canada Revenue Agency's administrative policy under the repealed Technical Information Bulletin B-032R, the *General Motors of Canada Ltd.* case as well as the new rules mentioned above.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	13
1. POLITIQUE ADMINISTRATIVE DE L'ARC	14
1.1. DÉPENSES RELATIVES AUX RÉGIMES DE PENSION	14
1.2. FOURNITURES EFFECTUÉES DE NOUVEAU ET FOURNITURES INTERNES	15
2. AFFAIRE <i>GENERAL MOTORS DU CANADA</i>	15
3. FIDUCIES DE RÉGIMES INTERENTREPRISES – « ANCIEN » ARTICLE 261.01 L.T.A.	16
4. NOUVELLES RÈGLES PROPOSÉES PUBLIÉES LE 23 SEPTEMBRE 2009	17
4.1. PRINCIPE.....	18
4.2. FOURNITURES RÉPUTÉES	18
4.2.1. Définitions.....	19
4.2.2. Fournitures réputées	22
4.3. REMBOURSEMENT DE TPS/TVH POUR LES RÉGIMES DE PENSION	26
4.3.1. Remarques préliminaires.....	26
4.3.2. Remboursement aux entités de gestion admissibles	27
4.3.3. Partage du remboursement	27
4.4. FOURNITURES RÉELLES.....	33
5. HARMONISATION DE LA TAXE DE VENTE DU QUÉBEC	34
CONCLUSION	35

INTRODUCTION

Le 23 septembre 2009, le ministère des Finances du Canada a publié des propositions législatives et notes explicatives concernant la *Loi sur la taxe d'accise*¹, visant notamment à mettre en œuvre de nouvelles règles applicables aux régimes de pension². Ces règles ont été substantiellement reprises dans le Projet de loi C-9³. Plus particulièrement, ces nouvelles règles prévoient que les régimes de pension auront droit à un remboursement partiel de 33 % de la taxe sur les produits et services (ci-après « TPS ») payée sur leurs dépenses. Ce faisant, le Ministère propose que le Parlement légifère là où, auparavant, il n'existait qu'une politique administrative de l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC »). Les nouvelles règles ont également comme résultat de venir considérablement restreindre la portée de l'affaire *General Motors du Canada Ltée c. La Reine*⁴.

Pour mettre en contexte ces nouvelles règles, vous trouverez ci-dessous un bref rappel historique de la politique administrative de l'ARC à l'égard des règles applicables aux régimes enregistrés de pension (vous pourrez constater comment certains concepts de l'ancien *Bulletin d'interprétation technique* B-032R se retrouvent dans les plus récentes règles, notamment un remboursement limité de la TPS payée à l'égard des dépenses liées aux régimes de pension, des fournitures présumées effectuées par l'employeur à la fiducie à la juste valeur marchande (ci-après « JVM »)) et un résumé de l'affaire *General Motors du Canada* ainsi que des règles relatives à l'« ancien » remboursement de 33 % pour les régimes interentreprises, introduites en 2000.

Nous aborderons ensuite les propositions législatives du 23 septembre 2009, reprises dans le Projet de loi C-9.

¹ L.R.C. (1985), c. E-15 et mod. (ci-après « L.T.A. »).

² CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2009-088, « Le gouvernement du Canada propose d'améliorer l'application de la TPS au secteur des services financiers », 23 septembre 2009.

³ CANADA, Chambre des communes, *Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 4 mars 2010 et mettant en œuvre d'autres mesures*, Projet de loi C-9, déposé en première lecture le 29 mars 2010 lors de la 3^e session, 40^e législature (ci-après « Projet de loi C-9 »).

⁴ 2008 CCI 117; confirmé par 2009 CAF 114 (ci-après « *General Motors du Canada* »).

1. POLITIQUE ADMINISTRATIVE DE L'ARC

Le *Bulletin d'interprétation technique* B-032R⁵ s'appliquait depuis le 1^{er} octobre 1993. Ce dernier exposait la politique administrative de l'ARC sur l'application de la TPS aux fournitures acquises dans le cadre de régimes enregistrés de pension, à la fois pour les employeurs et les régimes de pension. À la suite de la publication, le 23 septembre 2009, des nouvelles propositions législatives, ce bulletin a été abrogé.

1.1. DÉPENSES RELATIVES AUX RÉGIMES DE PENSION

En vertu de sa politique administrative, l'ARC déterminait quelles dépenses étaient engagées par l'employeur ou par la fiducie de régime, sans égard à la personne ayant réellement engagé la dépense ni dans quel cadre d'activités la dépense avait été engagée.

Ainsi, le bulletin donnait des exemples de biens et de services considérés comme étant acquis pour être utilisés, consommés ou fournis dans le cadre des activités de l'employeur. Ces dépenses visaient notamment la gestion relative au prélèvement des cotisations de retraite et au paiement des prestations de retraite, la gestion générale du régime de pension, par exemple la tenue des dossiers, l'évaluation des prestations, etc. L'employeur pouvait réclamer des crédits de taxe sur les intrants (ci-après « CTI ») à l'égard de la TPS payée relativement à ces dépenses dans la mesure où il exerçait des activités commerciales.

D'un autre côté, le bulletin prévoyait également quelles dépenses étaient considérées comme engagées par la fiducie de régime, lui donnant droit à la réclamation de CTI dans la mesure où ces dépenses étaient engagées pour être utilisées, consommées ou fournies dans le cadre de ses activités commerciales. Par exemple, les conseils en matière de placement de l'actif de la fiducie de régime et le courtage, les frais des agents et tous les autres biens ou services relatifs à l'acquisition, à l'utilisation ou à la cession de l'actif de la fiducie de régime consistaient en des dépenses dites « de la fiducie du régime ».

Dans les faits, bien que certaines fiducies de régime effectuent des fournitures dans le cadre d'activités commerciales (par exemple, lorsqu'elles détiennent des immeubles commerciaux), leurs activités consistent en règle

⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'information technique* B-032R, « Régimes enregistrés de pension », 8 juin 2003.

générale en la fourniture de services financiers exonérés (acquisitions et ventes d'effets financiers, réception de dividendes, intérêts, etc.). Par conséquent, dans la majorité des cas, aucun CTI ne pouvait être réclamé à l'égard des dépenses de la fiducie de régime.

1.2. FOURNITURES EFFECTUÉES DE NOUVEAU ET FOURNITURES INTERNES

Le bulletin créait également des fournitures présumées entre l'employeur et la fiducie de régime. Ainsi, dans la mesure où l'employeur payait des dépenses dites « de la fiducie de régime », il était présumé avoir fourni de nouveau ces dépenses à la fiducie de régime. Par conséquent, l'employeur pouvait réclamer des CTI à l'égard de ces dépenses mais devait percevoir et remettre la TPS à l'égard de la fourniture présumée effectuée à la fiducie de régime.

De même, lorsque des dépenses de l'employeur étaient facturées à la fiducie, le bulletin prévoyait une fourniture présumée effectuée par la fiducie à l'employeur. Par contre, l'ARC permettait un allègement administratif dans la mesure où la fiducie de régime n'était pas inscrite aux fins de la TPS. Dans ce cas, l'employeur était réputé avoir payé la TPS et pouvait réclamer un CTI dans la mesure où il exerçait des activités commerciales.

Finalement, le bulletin abordait également la question des « fournitures internes » (expression contenue dans le bulletin), c'est-à-dire des fournitures effectuées par du personnel de l'employeur au profit de la fiducie de régime. Étant donné que l'ARC considérait que l'employeur et la fiducie avaient entre eux un lien de dépendance, l'article 155 L.T.A. pouvait s'appliquer afin de présumer une contrepartie à la JVM.

2. AFFAIRE GENERAL MOTORS DU CANADA

Le 22 février 2008, la Cour canadienne de l'impôt a rendu jugement dans l'affaire *General Motors du Canada*⁶. La Cour devait décider si General Motors du Canada Ltée (ci-après « GM ») avait droit de réclamer des CTI à l'égard de la taxe payée pour des dépenses engagées relativement à des services de gestion des actifs des régimes de pension. Ces services étaient fournis par des gestionnaires en vertu de conventions de gestion de placements conclues avec GM.

⁶ Précité, note 4.

Dans cette affaire, GM était l'administrateur de deux régimes de pension au profit de ses employés. Ces deux régimes étaient financés par des fiducies qui détenaient les actifs et les placements. Royal Trust était le fiduciaire des fiducies. En ce qui a trait à la facturation, les gestionnaires de placements devaient faire parvenir leurs factures à GM pour approbation en vertu d'une entente écrite. GM demandait ensuite à la fiducie d'acquitter les factures des gestionnaires de placements.

L'ARC soutenait notamment que dans ces circonstances, GM ne respectait pas les trois conditions énoncées au paragraphe 169(1) L.T.A. afin de réclamer des CTI à l'égard de la TPS payée sur les services des gestionnaires de placements, à savoir que GM devait être « l'acquéreur »⁷ des services, que la TPS devait avoir été payée ou être payable par GM et que GM devait avoir acquis ces services pour consommation ou utilisation dans le cadre de ses activités commerciales.

La Cour a conclu que GM était bien l'acquéreur des services, et non le fiduciaire des fiducies de régime comme le soutenait l'ARC, que GM, en sa qualité d'acquéreur, était celle qui était tenue de payer la TPS et enfin, que les services avaient été acquis pour utilisation ou consommation dans le cadre des activités commerciales de GM puisque « ces services font partie de sa contribution au programme de rémunération des employés, ce qui est un complément nécessaire de son infrastructure lorsqu'il s'agit de conclure des ventes taxables »⁸.

Le 16 avril 2009, la Cour d'appel fédérale⁹ a confirmé la décision de la Cour canadienne de l'impôt. Ainsi, GM était en droit de réclamer la TPS payée à l'égard des services rendus par les gestionnaires de placements. Ce faisant, la Cour d'appel fédérale rejetait l'application du *Bulletin d'information technique* B-032R et appliquait les critères législatifs du paragraphe 169(1) L.T.A.

3. FIDUCIES DE RÉGIMES INTERENTREPRISES – « ANCIEN » ARTICLE 261.01 L.T.A.

L'article 261.01 L.T.A. a été introduit en 2000. Il visait à accorder un remboursement de 33 % de la TPS payée par une fiducie régie par un régime

⁷ Par. 123(1) « acquéreur » L.T.A.

⁸ *General Motors du Canada*, précité, note 4, par. 67.

⁹ *General Motors du Canada*, précité, note 4, j. Desjardins.

interentreprises. Toutefois, pour des raisons techniques, dans les faits, cette disposition s'appliquait à un groupe très restreint de fiduciaires¹⁰.

Des modifications ont donc été proposées en 2003¹¹, lesquelles ne sont jamais entrées en vigueur. Le 26 janvier 2007, le ministre des Finances du Canada annonçait, par communiqué de presse¹², la tenue de consultations afin de remplacer les règles législatives et administratives existantes par un nouveau régime unique de remboursement de la TPS/TVH pour les régimes de pension.

4. NOUVELLES RÈGLES PROPOSÉES PUBLIÉES LE 23 SEPTEMBRE 2009

Le 23 septembre 2009, le ministère des Finances du Canada a essentiellement publié les règles proposées découlant du nouveau régime annoncé en janvier 2007. Ce faisant, il a restreint considérablement la portée de la décision *General Motors du Canada* et a repris, dans ces propositions, certains des concepts énoncés dans le *Bulletin d'information technique* B-032R. Le but des nouvelles règles est d'éliminer les « iniquités » perçues par le Ministère du fait que les règles actuelles (législatives et administratives) varient selon la structure des régimes de pension (multi-employeur ou employeur unique, modalités prévues aux ententes créant les régimes, etc.).

Le présent texte n'a pas pour but d'analyser de façon exhaustive toutes les facettes techniques des nouvelles dispositions, mais de donner quelques repères pour aider à y naviguer.

¹⁰ Pour plus de détails, voir Mario VERVILLE, « Nouveau remboursement de TPS/TVH à l'intention des fiduciaires de régimes de pension », (2007-2008), vol. 28, n° 1 *Revue de planification fiscale et successorale* 107-124.

¹¹ CANADA, ministère de Finances, *Propositions législatives concernant la Loi sur la taxe d'accise – Avis de motion de voies et moyens, avant-projet de règlement et notes explicatives*, 3 octobre 2003, art. 6.

¹² CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2007-006, « Le nouveau gouvernement du Canada propose d'améliorer l'application de la TPS/TVH au secteur des services financiers », 26 janvier 2007.

4.1. PRINCIPE

En bref, les nouvelles règles¹³ sont rédigées de la façon suivante :

- une nouvelle disposition (art. 172.1 L.T.A.) qui crée des fournitures réputées entre l'employeur et l'« entité de gestion » du régime de pension aux fins de l'application du remboursement de 33 % prévu à l'article 261.01 L.T.A.;
- des modifications importantes apportées à l'article 261.01 L.T.A. qui prévoient le remboursement de 33 % de la TPS payée par une « entité de gestion admissible » de même qu'un allègement dans le cas d'une « entité de gestion non admissible »;
- de nouvelles dispositions (art. 232.01 et 232.02 L.T.A.) qui permettent à un employeur d'établir une note de redressement de taxe afin d'éviter une double taxation (c'est-à-dire taxe à l'égard d'une fourniture réelle effectuée par l'employeur à l'entité de gestion et taxe à l'égard d'une fourniture réputée selon l'article 172.1 L.T.A.).

Les nouvelles règles s'appliquent aux exercices d'un employeur, ou aux périodes de demande d'une entité de gestion, commençant après le 23 septembre 2009¹⁴.

4.2. FOURNITURES RÉPUTÉES

Les règles de fournitures réputées se retrouvent aux paragraphes 172.1(5) à 172.1(7) L.T.A. Les autres paragraphes de l'article 172.1 L.T.A. contiennent essentiellement des définitions et des règles d'application et d'interprétation.

¹³ Les articles 172.1, 232.01, 232.02 et 261.01 L.T.A. auxquels la section 4. fait référence sont les articles proposés par CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 2 et repris dans le Projet de loi C-9.

¹⁴ Certaines règles d'application particulières s'appliquent pour tenir compte de l'entrée en vigueur de la taxe de vente harmonisée (ci-après « TVH ») en Ontario et en Colombie-Britannique.

4.2.1. Définitions

Plusieurs définitions sont prévues aux fins de l'application de l'article 172.1 L.T.A. Ces définitions se retrouvent au paragraphe 172.1(1) L.T.A. Voici un bref survol des principales définitions :

- « activité de main-d'œuvre » : vise tout acte accompli par un salarié d'un employeur. Cette définition est pertinente aux fins de la définition de « ressource d'employeur » (voir ci-dessous) et de l'application des paragraphes 172.1(6) et 172.1(7) L.T.A.;
- « activité de pension » : toute activité relative à un régime de pension qui a trait à la gestion, l'administration ou l'établissement du régime ou à la gestion ou l'administration de l'actif du régime. Toutefois, certaines activités (très peu) sont exclues (définition d'« activité exclue ») et ne sont donc pas considérées comme une « activité de pension ». En bref, sont exclues les activités d'un employeur qui sont relatives à des obligations en matière de réglementation de valeurs mobilières, diverses « évaluations » (par exemple, l'incidence financière pour un employeur de créer, modifier ou liquider un régime), les négociations avec un syndicat, etc. Seule une fourniture effectuée au profit d'une entité de gestion du régime pour que celle-ci la consomme, l'utilise ou la fournisse dans le cadre d'**activités de pension** est assujettie aux règles de fournitures réputées prévues aux paragraphes 172.1(5) à 172.1(7) L.T.A. Une « activité exclue » n'est donc pas visée par ces règles;
- « employeur participant » : en règle générale, un employeur qui cotise ou est tenu de cotiser à un régime ou qui verse ou est tenu de verser des sommes provenant du régime. Seuls les employeurs participants sont assujettis aux fournitures réputées prévues aux paragraphes 172.1(5) à 172.1(7) L.T.A.;
- « entité de gestion » : peut être soit une fiducie régie par le régime de pension, une personne morale qui administre le régime ou une personne visée par règlement¹⁵. Ainsi, l'application des règles sur les régimes de pension est élargie afin de couvrir des régimes de pension autres que ceux régissant des fiducies;

¹⁵ Au moment d'écrire ce texte, aucun règlement à cet effet n'avait encore été adopté.

- « facteur provincial » : cette définition permet de déterminer le montant de la composante provinciale de la TVH qu'un employeur est réputé avoir perçu relativement à une fourniture réputée prévue aux paragraphes 172.1(5) à 172.1(7) L.T.A.¹⁶;
- « régime de pension » : régime de pension agréé pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹⁷ et dont l'agrément n'a pas été retiré. Ce régime doit de plus soit régir une fiducie, soit être administré par une personne morale constituée et exploitée à cette fin (y compris une personne morale qui administre une fiducie régie par une convention de retraite au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou agit en tant que fiduciaire de cette fiducie) et ayant été acceptée par le ministre du Revenu national comme moyen de financement aux fins d'agrément du régime. Cette définition inclut également un régime à l'égard duquel une personne est visée par règlement¹⁸;
- « ressource d'employeur » : comprend toute « activité de main-d'œuvre » (sauf celle qui est utilisée ou consommée pour créer un bien), les biens ou les services fournis à l'employeur (sauf ceux utilisés ou consommés pour créer un bien), un bien créé, ou toute combinaison de ces éléments. Les présomptions de fournitures applicables aux ressources d'employeur se retrouvent aux paragraphes 172.1(6) et 172.1(7) L.T.A.

De plus, le paragraphe 172.1(2) L.T.A. vient exclure certains biens ou services acquis par un employeur à l'égard desquels aucune taxe n'aurait été payable s'ils avaient été fournis directement à l'entité de gestion (ci-après « ressource exclue »). Ainsi, ces biens et services ne sont pas assujettis aux règles de fournitures réputées prévues aux paragraphes 172.1(5) à 172.1(7) L.T.A. Il convient de noter qu'une « ressource d'employeur » peut également être une « ressource exclue » et n'être donc pas visée par les règles de fournitures réputées.

Toutefois, le paragraphe 171.1(2) L.T.A. prévoit qu'un bien ou service se qualifiera à titre de « ressource exclue » uniquement :

¹⁶ Le présent article n'aborde pas en détail les règles applicables lorsque des régimes couvrent des salariés qui résident dans des provinces participantes. À noter toutefois que le calcul du « facteur provincial » sera d'autant plus important à compter du 1^{er} juillet 2010 en raison de l'application de la TVH en Ontario et en Colombie-Britannique.

¹⁷ L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod.

¹⁸ *Supra*, note 15.

- dans la mesure où l'entité de gestion n'a pas de lien de dépendance avec le fournisseur; et
- dans le cas d'une ressource qui est un bien meuble corporel fourni à l'étranger, la fourniture du bien ne serait pas une « fourniture taxable importée » visée à l'alinéa b) de cette définition à l'article 217 L.T.A. si l'employeur n'était pas inscrit ou n'exerçait pas exclusivement des activités commerciales.

Ainsi, un bien ou un service peut se qualifier à titre de « ressource exclue » uniquement lorsque la TPS n'aurait pas été payable si le régime en avait fait l'acquisition directement. À titre d'exemple, les notes explicatives qui accompagnent les propositions législatives mentionnent les services de gestion de placements qui se qualifient à titre de services financiers. Ceux-ci peuvent être exonérés lorsqu'ils sont acquis directement par l'employeur mais taxables lorsqu'ils sont acquis par l'entité de gestion du régime.

À ce titre, il est important de mentionner les nouvelles règles relatives au service de gestion d'actifs publiées dans le Projet de loi C-9 qui font suite à l'annonce faite par le ministre des Finances du Canada le 14 décembre 2009¹⁹. En effet, la définition de « service financier » est modifiée afin d'exclure de son application les services de gestion de placements, qu'ils soient ou non discrétionnaires²⁰. Cette exclusion comprend notamment :

- la recherche, l'analyse et les conseils;
- les décisions et les ordres concernant l'achat ou la disposition d'éléments d'actif ou de passif;
- les mesures prises dans le but d'atteindre les objectifs de rendement liés au portefeuille.

Une nouvelle définition est ajoutée afin de préciser que le terme « service de gestion ou d'administration » qui figure à l'alinéa q) de la définition de « service financier » comprend tout service de gestion des actifs

¹⁹ CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2009-115, « Le gouvernement du Canada réagit à de récentes décisions judiciaires sur l'application de la TPS aux services financiers », 14 décembre 2009.

²⁰ Par. 123(1) « service de gestion d'actifs » et par. 123(1) « service financier », al. q.1) L.T.A.

dont il est question ci-dessus²¹. De façon générale, ces nouvelles règles sont réputées entrer en vigueur le 17 décembre 1990. Compte tenu de ces modifications, il est vraisemblable que tous les services de gestion seront dorénavant taxables, qu'ils soient acquis par l'employeur ou par l'entité de gestion d'un régime.

Par ailleurs, afin de préciser l'exclusion prévue au paragraphe 172.1(2) L.T.A. mentionnée plus haut, le paragraphe 172.1(3) L.T.A. fait en sorte qu'un bien meuble corporel fourni à un employeur à l'étranger (donc sans TPS) mais qui est par la suite importé au Canada (et, par conséquent, assujéti à la TPS à l'importation selon l'article 212 L.T.A.) ne pourra se qualifier à titre de « ressource exclue » au paragraphe 172.1(2) L.T.A.

Enfin, le paragraphe 172.1(4) L.T.A. permet d'établir quelle entité de gestion d'un employeur est une « entité de gestion déterminée » aux fins du paragraphe 172.1(7) L.T.A. Seule une « entité de gestion déterminée » sera réputée avoir payé la taxe à l'employeur et, par conséquent, sera admissible au remboursement prévu à l'article 261.01 L.T.A.

4.2.2. Fournitures réputées

En ayant toutes ces définitions et règles d'interprétation en tête (!), voici les circonstances d'application des nouvelles règles de fournitures réputées :

- Le paragraphe 172.1(5) L.T.A. vise le cas où l'employeur qui est un inscrit acquiert un bien ou un service (appelé « ressource déterminée » dans le paragraphe) en vue de le fournir à une entité de gestion du régime pour que celle-ci le consomme, l'utilise ou le fournisse dans le cadre d'activités de pension relatives au régime.
- Le paragraphe 172.1(6) L.T.A. s'applique lorsque l'employeur qui est un inscrit consomme ou utilise une de ses « ressources d'employeur » en vue d'effectuer la fourniture d'un bien ou d'un service (appelé « fourniture de pension » dans le paragraphe) au profit d'une entité de gestion du régime pour que celle-ci le consomme, l'utilise ou le fournisse dans le cadre d'activités de pension relatives au régime.
- Le paragraphe 172.1(7) L.T.A. vise le cas où l'employeur qui est un inscrit consomme ou utilise une « ressource d'employeur » dans le cadre

²¹ Par. 123(1) « service de gestion ou d'administration » L.T.A.

d'activités de pension du régime et que le paragraphe 172.1(6) L.T.A. ne s'applique pas.

Dans tous les cas mentionnés ci-dessus, l'employeur est réputé avoir effectué une fourniture taxable au profit de l'entité de gestion le dernier jour de son exercice. Par conséquent, l'employeur est réputé avoir perçu la taxe à ce moment et est tenu de la remettre. Les nouvelles règles sont muettes quant au droit pour l'employeur de réclamer un CTI à l'égard des biens et services acquis afin d'être fournis à nouveau à l'entité de gestion. Par conséquent, les règles générales relatives aux CTI devraient s'appliquer. Étant donné que le bien ou le service a été acquis par l'employeur pour faire une fourniture taxable, celui-ci peut réclamer un CTI à l'égard de la taxe qu'il a payée sur le bien ou le service ainsi acquis²².

Quant à l'entité de gestion, elle est réputée avoir reçu une fourniture et avoir payé la taxe à l'égard de cette fourniture réputée²³. Elle peut, sous réserve de certaines conditions, réclamer un remboursement en vertu du paragraphe 261.01(2) L.T.A. (ou le « partager » avec l'employeur en vertu des paragraphes 261.01(5), 261.01(6) ou 261.01(9) L.T.A.).

Il est important de noter que le sous-alinéa 172.1(5)d(iii) L.T.A. prévoit qu'à l'égard d'un bien ou d'un service réputé fourni, l'entité de gestion est présumée l'avoir acquis en vue de le consommer, de l'utiliser ou de le fournir dans le cadre de ses activités commerciales dans la même mesure que celle dans laquelle l'employeur a acquis le bien ou le service en vue de le fournir à l'entité pour que celle-ci le consomme, l'utilise ou le fournisse dans le cadre d'activités de pension relatives au régime qui font partie de ses

²² À noter que dans le cas d'employeurs qui sont des organismes de services publics, des règles particulières pourraient s'appliquer pour faire en sorte que les fournitures réputées de l'article 172.1 L.T.A. soient exonérées plutôt que taxables.

²³ Les paragraphes 172.1(5), 172.1(6) et 172.1(7) L.T.A. prévoient que dans le cas où l'entité de gestion est une « institution financière désignée particulière » au sens du paragraphe 123(1) L.T.A. (c'est-à-dire une institution financière désignée tenue d'utiliser la méthode d'attribution spéciale aux fins de la composante provinciale de la TVH), seule la « portion fédérale » (c'est-à-dire la TPS) sera réputée avoir été payée par l'entité de gestion. En effet, pour ce type d'institution financière, la composante provinciale de la TVH payable se calcule par le biais de la méthode d'attribution spéciale. Toutefois, dans le cas où cette entité de gestion effectue le choix prévu au paragraphe 261.01(5) ou 261.01(6) L.T.A. afin de « partager » son droit au remboursement avec un employeur, ces paragraphes prévoient qu'un montant additionnel sera ajouté (« montant de remboursement de pension provincial ») au remboursement pouvant être réclamé par l'employeur. Pour plus de détails, voir *infra*, note 36.

activités commerciales. « Huh? » dites-vous? En effet, il faut plusieurs lectures de cette disposition pour y trouver un sens! En fait, le but visé par le sous-alinéa 172.1(5)d(iii) L.T.A. est simplement de s'assurer que l'entité de gestion pourra réclamer un CTI à l'égard d'une fourniture réputée selon le paragraphe 172.1(5) L.T.A. dans la mesure où elle aurait pu réclamer un tel CTI si le bien ou le service avait été acquis directement par elle, à condition, bien sûr, que ce bien ou ce service soit effectivement utilisé, consommé ou fourni dans le cadre de ses activités commerciales. Le sous-alinéa 172.1(6)d(iii) L.T.A. prévoit une règle similaire pour un bien ou un service faisant l'objet d'une « fourniture de pension ».

Il est important de souligner que le paragraphe 172.1(5) L.T.A. s'applique lorsqu'un bien ou un service est acquis par l'employeur **en vue de le fournir** à l'entité de gestion. De même le paragraphe 172.1(6) L.T.A. s'applique lorsqu'une « ressource d'employeur » est consommée ou utilisée **en vue d'effectuer la fourniture** d'un bien ou d'un service. Le paragraphe 172.1(7) L.T.A. n'exige pas cette « intention » d'effectuer une fourniture. Le simple fait pour un employeur d'utiliser ou de consommer une « ressource d'employeur » dans le cadre d'activités de pension crée une fourniture réputée à l'entité de gestion, d'où l'importance de la règle prévue au paragraphe 172.1(4) L.T.A. qui permet de déterminer (ou de choisir lorsqu'un employeur participe à plusieurs régimes de pension) l'« entité de gestion déterminée » qui sera présumée avoir payé la taxe selon le paragraphe 172.1(7) L.T.A. et qui, par conséquent, pourra réclamer le remboursement prévu à l'article 261.01 L.T.A.

En lisant attentivement ces dispositions, il est possible de déduire les points suivants :

- La référence aux paragraphes 172.1(5) et 172.1(6) L.T.A. concernant « l'intention d'effectuer une fourniture » à l'entité de gestion peut, selon nous, permettre dans certains cas à un employeur n'exerçant pas exclusivement des activités commerciales de réclamer 100 % de la taxe au moment de l'acquisition d'un bien ou d'un service qui sera ainsi fourni à l'entité (ou consommé/utilisé dans le but d'effectuer une fourniture). En effet, puisque l'employeur devra, selon les paragraphes 172.1(5) et 172.1(6) L.T.A., percevoir la taxe à l'égard de la fourniture qu'il a l'intention d'effectuer, il pourra réclamer immédiatement la taxe sur les intrants. Toutefois, dans le cas d'un employeur qui exerce exclusivement des activités commerciales, l'affaire *General Motors du Canada* demeure pertinente. En d'autres termes, même si un employeur acquiert un bien ou un service sans avoir l'intention de le fournir à l'entité de gestion, il peut réclamer 100 % de la taxe payée dans la

mesure où les conditions de l'article 169 L.T.A. sont remplies (tel qu'il a été précisé dans l'affaire *General Motors du Canada*).

- Il y a un certain « chevauchement » entre les paragraphes 172.1(5) et 172.1(6) L.T.A. et le paragraphe 172.1(7) L.T.A. En effet, prenons le cas d'un bien ou d'un service acquis par un employeur et présumons que ce bien/service n'est pas acquis à l'égard d'une « activité exclue » et ne se qualifie pas non plus à titre de « ressource exclue ». Prenons l'exemple d'un service de consultation en taxes indirectes portant sur l'application des nouvelles règles en TPS aux régimes de pension. Dans la mesure où ce service est acquis **dans le but** d'être fourni à nouveau à l'entité de gestion pour que celle-ci l'utilise ou le consomme dans le cadre d'« activités de pension »²⁴, le paragraphe 172.1(5) L.T.A. trouvera application. De même, si l'employeur consomme ou utilise une de ses « ressources d'employeur »²⁵ **en vue** d'effectuer la fourniture d'un service au profit d'une entité de gestion du régime pour que celle-ci le consomme ou l'utilise dans le cadre d'activités de pension relatives au régime, le paragraphe 172.1(6) L.T.A. s'appliquera. Toutefois, si l'employeur acquiert ce service sans l'intention de le fournir à nouveau (y compris comme « ressource d'employeur »), le paragraphe 172.1(7) L.T.A. trouvera néanmoins application afin de présumer qu'une fourniture a été effectuée à l'entité de gestion par l'employeur.

Point important à souligner, l'article 172.1 L.T.A. s'applique même à l'égard d'une entité de gestion non admissible au remboursement de 33 % (voir nos commentaires ci-dessous concernant quelles entités de gestion sont admissibles au remboursement). Ainsi, **tous** les employeurs qui offrent des régimes de pension à leurs employés doivent tenir compte de ces nouvelles règles.

Finalement, le paragraphe 172.1(8) L.T.A. mentionne que dans la mesure où un employeur est réputé effectuer des fournitures à une entité de gestion, certains renseignements devront être communiqués au ministre du Revenu national. Par conséquent, cette disposition obligera vraisemblablement les employeurs à conserver une piste comptable suffisamment étoffée pour pouvoir démontrer que les règles prévues à

²⁴ « Activité de pension » est un concept large qui englobe toutes les activités qui ont trait notamment à la gestion et à l'administration du régime. Les services de taxes indirectes mentionnés plus haut pourraient probablement être considérés comme acquis dans le cadre d'une activité de pension.

²⁵ Cette définition inclut les biens et services fournis à l'employeur.

l'article 172.1 L.T.A. ont été correctement appliquées à tous les biens, services ou ressources qui y sont assujettis. Cette documentation sera également nécessaire pour l'entité de gestion afin qu'elle puisse justifier le montant de remboursement réclamé selon l'article 261.01 L.T.A.

4.3. REMBOURSEMENT DE TPS/TVH POUR LES RÉGIMES DE PENSION

4.3.1. Remarques préliminaires

De façon générale, le remboursement de taxe pour les régimes de pension équivaut à 33 % du montant de taxe payable par une entité de gestion d'un régime, y compris la taxe qui est réputée avoir été payée en vertu de l'article 172.1 L.T.A.

Le nouvel article 261.01 L.T.A. a désormais une application plus large. Il vise l'ensemble des régimes de pension et non pas seulement les régimes interentreprises. De plus, tel qu'il a été mentionné plus haut, il s'applique désormais non seulement aux fiducies mais aussi à toute personne morale chargée d'administrer un régime de pension.

Il convient de noter que le remboursement à l'article 261.01 L.T.A. s'applique à un régime qui est une « entité de gestion admissible »²⁶, c'est-à-dire un régime à l'égard duquel, au cours de l'année civile **antérieure**, **moins de 10 %** des cotisations totales ont été versées par des institutions financières désignées²⁷ ou à l'égard duquel il est raisonnable de croire que moins de 10 % des cotisations totales au cours de l'année civile **subséquente** seront versées par des institutions financières désignées.

Dans la mesure où, par exemple, plus de 10 % des cotisations totales sont versées par des institutions financières désignées, l'entité de gestion est une « entité de gestion non admissible »²⁸. Bien qu'elle ne soit pas admissible au remboursement de 33 % prévu au paragraphe 261.01(2) L.T.A., le paragraphe 261.01(9) L.T.A. prévoit tout de même un allègement pour les employeurs qui participent à ce régime dans la mesure où ils ont effectué un choix à cet effet (voir nos commentaires ci-dessous).

²⁶ Par. 261.01(1) « entité de gestion admissible » L.T.A.

²⁷ Par. 123(1) « institution financière désignée » L.T.A.

²⁸ Par. 261.01(1) « entité de gestion non admissible » L.T.A.

4.3.2. Remboursement aux entités de gestion admissibles

Le paragraphe 261.01(2) L.T.A. prévoit qu'une entité de gestion admissible est en droit de réclamer un « montant de remboursement de pension »²⁹, défini comme représentant 33 % du total du « montant admissible »³⁰ (le « montant admissible » comprenant la taxe payée ou payable au cours d'une période de demande (sous réserve de certaines exceptions) et la taxe réputée payée en vertu de l'article 172.1 L.T.A.).

Toutefois, ce montant de taxe récupérable doit être réduit de tout montant « partagé »³¹ avec un ou des employeurs admissibles (voir nos commentaires ci-dessous).

On notera qu'une entité de gestion doit produire sa demande de remboursement dans le délai suivant :

- si l'entité est inscrite, dans les deux ans suivant la date limite où elle doit produire sa déclaration de TPS pour la période;
- sinon, dans les deux ans suivant la fin de la période de demande; l'expression « période de demande » est définie au paragraphe 261.01(1) L.T.A. par référence au paragraphe 259(1) L.T.A. Ainsi, si l'entité n'est pas inscrite, la période de demande est les premier et deuxième trimestres d'exercice et les troisième et quatrième trimestres d'exercice d'un exercice de l'entité.

Une seule demande de remboursement peut être produite par l'entité de gestion par période de demande³².

4.3.3. Partage du remboursement

Les nouvelles règles permettent à un employeur et à l'entité de gestion d'un régime de faire un choix conjoint afin de transférer le nouveau remboursement prévu au paragraphe 261.01(2) L.T.A. de l'entité de gestion

²⁹ Par. 261.01(1) « montant de remboursement de pension » L.T.A.

³⁰ Par. 261.01(1) « montant admissible » L.T.A.

³¹ Montant obtenu en multipliant le « montant de remboursement de pension » de l'entité de gestion par le pourcentage déterminé à l'égard d'un employeur selon le paragraphe 261.01(5) L.T.A. ou montant déterminé selon l'alinéa 261.01(6)a) L.T.A.

³² Par. 261.01(4) L.T.A.

à cet employeur. Toutefois, cet employeur doit être un « employeur admissible »³³, c'est-à-dire un « employeur participant »³⁴ au régime, inscrit en TPS et :

- qui a versé des cotisations au régime au cours de l'année civile précédente; ou
- si aucune cotisation n'a été versée, qui est l'employeur d'un ou de plusieurs participants actifs³⁵ du régime au cours de l'année civile précédente.

Les paragraphes 261.01(5) et 261.01(6) L.T.A. qui permettent ce « partage » s'appliquent uniquement dans le cas où l'entité de gestion est une « entité de gestion admissible ». Le choix prévu à ces deux paragraphes est essentiellement le même sauf que l'un de ces paragraphes s'applique lorsque les employeurs exercent exclusivement des activités commerciales alors que l'autre paragraphe s'applique dans le cas d'employeurs n'exerçant pas exclusivement des activités commerciales. Dans ce dernier cas, le « taux de recouvrement de taxe » des employeurs doit être pris en compte. Finalement, le paragraphe 261.01(9) L.T.A. prévoit une certaine forme de « partage » lorsque l'entité de gestion est non admissible.

Le paragraphe 261.01(5) L.T.A. prévoit le partage du remboursement dans le cas d'employeurs exerçant chacun exclusivement des activités commerciales. On notera que le paragraphe 261.01(7) L.T.A. prévoit qu'« exclusivement dans le cadre d'activités commerciales » signifie la totalité ou la presque totalité des activités, sauf dans le cas d'une institution financière. Dans ce dernier cas, « exclusivement » signifie la totalité.

³³ Par. 261.01(1) « employeur admissible » L.T.A.

³⁴ Tel qu'il est défini au paragraphe 172.1(1) L.T.A.; voir la section 4.2.1. du présent texte.

³⁵ Un « participant actif » est défini au paragraphe 8500(1) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, c. 945 et mod. comme suit :

« Participant à un régime de pension au cours d'une année civile qui acquiert des prestations aux termes de la disposition à prestations déterminées du régime pour tout ou partie de l'année ou qui verse, ou pour le compte duquel sont versées, des cotisations se rapportant à l'année aux termes de la disposition à cotisations déterminées du régime. »

En bref, le paragraphe 261.01(5) L.T.A. permet à un employeur ayant effectué le choix avec l'entité de gestion de déduire dans le calcul de sa taxe nette le montant obtenu par la formule suivante :

$$(\text{montant de remboursement de pension} + \text{montant de remboursement de pension provincial de l'entité}^{36}) \times \text{pourcentage déterminé à l'égard de l'employeur dans le choix}^{37}$$

La règle de partage du remboursement est sensiblement la même au paragraphe 261.01(6) L.T.A. Toutefois, comme cette règle s'adresse à des employeurs n'exerçant pas exclusivement des activités commerciales, la formule est modifiée afin de tenir compte du taux de recouvrement de taxe de l'employeur de même que de la participation véritable de l'employeur dans le régime (à défaut de cette règle, les parties pourraient évidemment choisir de « partager » la plus grande part du remboursement de l'entité de gestion avec l'employeur ayant le taux de recouvrement de taxe le plus élevé). Ainsi, le montant pouvant être déduit dans le calcul de la taxe nette d'un employeur en vertu du paragraphe 261.01(6) L.T.A. est obtenu par l'application de deux formules. La première formule établit la « **part** » de chaque employeur³⁸ :

$$\text{montant de remboursement de pension} \times \text{pourcentage déterminé à l'égard de l'employeur dans le choix} \times \text{« \% de contribution au régime »}$$

Le « pourcentage de contribution au régime » (notre expression) se calcule soit en fonction des cotisations versées au régime au cours de l'année civile précédente, soit en fonction du nombre de salariés au cours de l'année précédente d'un employeur qui étaient des participants actifs du régime. Dans la mesure où l'employeur n'a pas versé de cotisations et n'est pas l'employeur de « participants actifs » du régime, aucune portion du

³⁶ Le « montant de remboursement de pension provincial » au paragraphe 261.01(1) L.T.A. est égal à zéro, sauf lorsque l'entité de gestion est une institution financière désignée particulière. Dans ce cas, un montant additionnel sera ajouté (c'est-à-dire le « montant de remboursement de pension provincial ») au remboursement pouvant être réclamé par l'employeur. Ce montant additionnel ajoute la composante provinciale de la TVH attribuable au remboursement réclamé par l'employeur et s'établit en tenant compte de l'élément C contenu dans la formule utilisée aux fins de la méthode d'attribution spéciale par l'entité de gestion.

³⁷ Le pourcentage déterminé à l'égard d'un employeur admissible est simplement celui attribué dans le choix par les parties.

³⁸ Al. 261.01(6)a) L.T.A.

remboursement de l'entité de gestion ne peut être déduite dans le calcul de sa taxe nette³⁹.

La seconde formule établit le montant pouvant effectivement être déduit par un employeur, soit :

[« part » de l'employeur + (montant de remboursement de pension provincial de l'entité × pourcentage déterminé à l'égard de l'employeur dans le choix × « % de contribution au régime »)]⁴⁰ × taux de recouvrement de la taxe

Le « taux de recouvrement de la taxe » est défini au paragraphe 261.01(1) L.T.A. et tient compte à la fois des CTI et des montants de remboursement (selon l'article 259 L.T.A.) réclamés sur le total des montants de taxe payés ou payables par l'employeur⁴¹.

Tel qu'il a été précisé plus haut, malgré un choix effectué selon le paragraphe 261.01(5) L.T.A., toute portion du remboursement « non partagée » par l'entité de gestion auprès des employeurs demeure récupérable par l'entité de gestion. En effet, en analysant le libellé du paragraphe 261.01(2) L.T.A., dans un tel cas, le remboursement de 33 % est simplement réduit de la « portion partagée » avec les employeurs.

Toutefois, dans le cas d'un choix effectué selon le paragraphe 261.01(6) L.T.A. avec un employeur n'exerçant pas exclusivement des activités commerciales, **il y a toujours une partie du remboursement qui sera perdue**. Nous avons illustré ce fait par un exemple ci-dessous.

Exemple – Choix du paragraphe 261.01(6) L.T.A.

Une université au Québec a créé un régime de retraite pour ses employés⁴². L'université est le seul employeur qui cotise au régime.

³⁹ Le sous-élément C(iii) de la formule de l'alinéa 261.01(6)a) L.T.A.

⁴⁰ Tout comme dans le cas du « partage » prévu au paragraphe 261.01(5) L.T.A., un montant additionnel est ajouté au remboursement pouvant être réclamé par l'employeur. Ce montant additionnel représente la composante provinciale de la TVH attribuable au remboursement pour cet employeur.

⁴¹ Des règles particulières s'appliquent dans le cas d'une personne qui est une « institution financière désignée particulière » au sens du paragraphe 123(1) L.T.A.

⁴² Nous présumons que l'entité de gestion n'est pas une institution financière désignée particulière.

Supposons qu'elle n'a pas d'activités commerciales (en d'autres termes, elle ne réclame que le remboursement de 67 % prévu à l'article 259 L.T.A.).

- Montant admissible de l'entité de gestion (c'est-à-dire TPS payée/payable) = 500 000 \$
- Pourcentage déterminé à l'égard de l'employeur = 100 %

« Part de l'employeur » :

montant de remboursement de pension × pourcentage déterminé à l'égard de l'employeur dans le choix × « % de contribution au régime »

$$(500\ 000\ \$ \times 33\ %) \times 100\ \% \times 100\ \% = 165\ 000\ \$$$

Montant pouvant être réclamé par l'employeur :

[« part » de l'employeur + (montant de remboursement de pension provincial de l'entité × pourcentage déterminé à l'égard de l'employeur dans le choix × « % de contribution au régime »)]⁴³ × taux de recouvrement de la taxe

$$(165\ 000\ \$ + 0) \times 67\ \% = 110\ 550\ \$$$

Montant pouvant être réclamé par l'entité de gestion :

montant de remboursement de pension - « part de l'employeur »

$$(500\ 000\ \$ \times 33\ %) - 165\ 000\ \$ = 0$$

Total de la taxe réclamée par l'employeur et l'entité de gestion : 110 550 \$

Or, si l'université n'avait pas effectué le choix du paragraphe 261.01(6) L.T.A., l'entité de gestion aurait réclamé le montant suivant :

⁴³ Tout comme dans le cas du « partage » prévu au paragraphe 261.01(5) L.T.A., un montant additionnel est ajouté au remboursement pouvant être réclamé par l'employeur. Ce montant additionnel représente la composante provinciale de la TVH attribuable au remboursement pour cet employeur.

montant de remboursement de pension - « part de l'employeur »

$$(500\,000 \$ \times 33 \%) - 0 = 165\,000 \$$$

**Total de la taxe réclamée par l'employeur et l'entité de gestion :
165 000 \$**

Vraisemblablement, il ne semble pas y avoir d'avantage (d'un point de vue strictement pécuniaire) à effectuer un choix pour partager le remboursement d'une entité de gestion avec des employeurs n'exerçant pas exclusivement des activités commerciales. Lorsqu'un tel choix sera fait, le montant total de taxe réclamée par les employeurs et l'entité de gestion sera toujours moindre que si aucun choix n'avait été effectué et que le remboursement avait été réclamé directement par l'entité de gestion. D'autres considérations pourraient toutefois justifier le choix.

Finalement, le paragraphe 261.01(9) L.T.A. prévoit un allègement pour une entité de gestion non admissible, c'est-à-dire un régime à l'égard duquel, au cours de l'année civile **antérieure, au moins 10 %** des cotisations totales ont été versées par des institutions financières désignées ou à l'égard duquel il est raisonnable de croire qu'au moins 10 % des cotisations totales au cours de l'année civile **subséquente** seront versées par des institutions financières désignées. Il convient de noter qu'une personne ayant fait un choix selon l'article 150 L.T.A. sera réputée être une institution financière désignée⁴⁴. Par conséquent, les contributions de cette personne seront considérées dans le calcul du « 10 % de cotisations » servant à établir si une entité de gestion est « admissible » ou « non admissible ».

Bien qu'une entité de gestion non admissible n'ait pas droit de réclamer le remboursement prévu au paragraphe 261.01(2) L.T.A., chaque employeur pourra déduire dans le calcul de sa taxe nette le montant établi selon la formule suivante :

$$(\text{montant de remboursement de pension} + \text{montant de remboursement de pension provincial de l'entité}) \times \ll \% \text{ de contribution au régime} \gg \times \text{taux de recouvrement}$$

Les délais pour produire un choix selon le paragraphe 261.01(9) L.T.A. sont les mêmes que ceux mentionnés plus haut pour le remboursement

⁴⁴ Art. 151, s.-al. 149(1)a)(xi) et par. 123(1) « institution financière désignée » L.T.A.

applicable aux entités de gestion admissibles⁴⁵. Un seul choix peut être produit par période de demande⁴⁶.

Finalement, selon le paragraphe 261.01(12) L.T.A., l'entité de gestion et l'employeur admissible sont solidairement responsables à l'égard du Receveur général si l'employeur admissible et/ou l'entité de gestion savaient ou auraient dû savoir que le montant réclamé dans le calcul de la taxe nette de l'employeur excédait celui auquel il avait droit.

4.4. FOURNITURES RÉELLES

Le nouvel article 232.01 L.T.A. prévoit des règles qui s'appliquent lorsque, d'une part, un employeur est réputé avoir effectué la fourniture d'un bien ou d'un service en vertu du paragraphe 172.1(5) L.T.A. mais que, d'autre part, la taxe a déjà été exigée par l'employeur à l'égard d'une fourniture réelle de ce même bien ou service faite à l'entité de gestion. Dans ce cas, l'employeur pourra établir une note de redressement à l'entité de gestion afin de déduire dans le calcul de sa taxe nette la taxe indiquée sur cette note de redressement. Par ailleurs, l'entité de gestion devra, quant à elle, remettre tout CTI (ou remboursement prévu au paragraphe 261.01(2) L.T.A.) réclamé au titre de la taxe réputée, dans la mesure où cette taxe a été réduite par la note. En bref, l'article 232.01 L.T.A. fait en sorte que la taxe, à l'égard de la fourniture d'un bien ou d'un service particulier, ne sera remise par l'employeur et réclamée par l'entité de gestion qu'une seule fois. Un tel rajustement peut également être nécessaire lors d'un choix effectué selon les paragraphes 261.01(5), 261.01(6) ou 261.01(9) L.T.A. par une entité de gestion et des employeurs participants.

Le nouvel article 232.02 L.T.A. est semblable à l'article 232.01 L.T.A. Toutefois, il s'applique dans le cas où, d'une part, il y a fourniture réputée, selon le paragraphe 172.1(6) L.T.A., d'une « ressource d'employeur » consommée ou utilisée afin de fournir un bien ou un service et que, d'autre part, l'employeur a déjà exigé la taxe à l'égard de la fourniture du même bien ou service.

⁴⁵ Par. 261.01(10) L.T.A.

⁴⁶ Par. 261.01(11) L.T.A.

5. HARMONISATION DE LA TAXE DE VENTE DU QUÉBEC

Par le biais du *Bulletin d'information* 2009-9⁴⁷, le ministère des Finances du Québec a annoncé son intention d'harmoniser le régime de la TVQ aux nouvelles mesures fédérales liées au remboursement pour les régimes de pension.

Ainsi, le régime de la TVQ prévoira vraisemblablement une disposition similaire à l'article 172.1 L.T.A. puisque le bulletin d'information énonce ceci :

« [...] que la taxe calculée sur les dépenses relatives à un régime de pension agréé, engagées par des employeurs qui y participent, soit réputée avoir été payée par l'entité de gestion du régime, de sorte que cette dernière aura droit au remboursement de la taxe qu'elle aura payée ou qu'elle sera réputée avoir ainsi payée. »

Le régime de la TVQ permettra également à l'entité de gestion et aux employeurs participants d'effectuer un choix afin de transférer tout ou une partie du remboursement auquel l'entité de gestion a droit aux employeurs inscrits aux fins de la TVQ. Évidemment, compte tenu du fait que les services financiers sont détaxés dans le régime de la TVQ⁴⁸, le remboursement sera fixé à 100 % (et non à 33 % comme c'est le cas en TPS). Pour la même raison, il n'y aura aucune règle particulière applicable à une entité de gestion qui relève d'un régime de pension agréé auquel 10 % ou plus des cotisations sont versées par des institutions financières désignées.

Nuance intéressante, les règles de remboursement pour les régimes de pension aux fins de la TVQ vont tenir compte du cas où les employeurs participants sont des organismes de services publics puisque ces derniers n'ont généralement droit qu'à un remboursement partiel de la TVQ payée.

Le régime de la TVQ prévoira essentiellement deux règles :

- dans le cas d'un régime de pension agréé auquel plus de 50 % des cotisations sont versées par des organismes de services publics ayant droit à un remboursement partiel de la TVQ payée sur leurs dépenses

⁴⁷ QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2009-9, « Harmonisation à diverses mesures relatives à la législation et à la réglementation fiscales fédérales et report de l'imposition d'une ristourne admissible », 22 décembre 2009.

⁴⁸ *Loi sur la taxe de vente du Québec*, L.R.Q., c. T-0.1 et mod., art. 198.

attribuables à la réalisation de fournitures exonérées, le taux du remboursement auquel aura droit l'entité de gestion sera de 88 %;

- dans le cas d'un régime de pension agréé auquel plus de 50 % des cotisations sont versées par des organismes de services publics n'ayant droit à aucun remboursement de la TVQ payée (par exemple, des municipalités) sur leurs dépenses attribuables à la réalisation de fournitures exonérées, le taux du remboursement auquel aura droit l'entité de gestion sera de 77 %.

Comme ces taux de remboursement vont tenir compte du type d'organismes de services publics ayant participé au régime (et, par conséquent, de la partie des dépenses attribuables à la réalisation de fournitures exonérées), dans la mesure où un choix est effectué par l'entité de gestion et les employeurs afin de transférer le remboursement à ces derniers, ceux-ci pourront décider de la proportion du remboursement ainsi transférée, sans autre limitation quant au montant qu'ils pourront déduire dans le calcul de leur taxe nette.

Il convient de noter que ces taux de remboursement modulés s'appliqueront également à une entité de gestion relevant d'un régime de pension agréé à employeur unique.

Les modifications au régime de la TVQ ne seront adoptées qu'après la sanction de toute loi reprenant les règles proposées dans l'Avant-projet de loi fédéral du 23 septembre 2009 et s'appliqueront à la même date que celle retenue pour l'application des modifications fédérales auxquelles elles s'harmoniseront.

CONCLUSION

Comme il a été mentionné plus haut, nous n'avons fait que survoler les nouvelles règles applicables aux régimes de pension. Ces dispositions sont complexes et méritent qu'on s'y attarde. Il va sans dire qu'en les appliquant à des cas concrets, nous en découvrirons véritablement toutes les facettes techniques.

De plus, tel qu'il a été souligné plus haut, il est important de noter que les règles de fournitures réputées prévues à l'article 172.1 L.T.A. s'appliquent à tous les employeurs qui offrent des régimes de pension à leurs employés, y compris dans le cas où l'entité de gestion n'est pas admissible au remboursement prévu à l'article 261.01 L.T.A. Tous les employeurs doivent donc se sentir concernés par ces nouvelles règles. Le défi pour ces

derniers sera de s'assurer qu'ils appliquent correctement les nouvelles règles. En particulier, les employeurs devront cesser de penser en termes de « dépenses d'employeur » et de « dépenses de fiducie », concepts utilisés dans l'ancien *Bulletin d'information technique* B-032R. Dorénavant, ils devront tenir compte de toutes les dépenses liées aux « activités de pension », concept très large.

L'application des nouvelles règles pourrait donc entraîner des coûts importants de conformité pour certains employeurs. Il y aura donc lieu de déterminer, dans la mesure du possible, comment minimiser cette conformité tout en s'assurant que le respect des nouvelles règles soit bien documenté afin d'éviter que cette conformité soit mise en doute par les autorités fiscales lors de vérifications futures.

Finalement, tel qu'il a été mentionné plus haut, il est important de noter que les nouvelles règles telles qu'elles sont proposées s'appliqueront aux exercices d'un employeur, ou aux périodes de demande d'une entité de gestion, commençant après le 23 septembre 2009 (date de publication de l'avant-projet de loi). Ainsi, comme ces nouvelles règles ne s'appliqueront pas de façon rétroactive à la date de leur publication, les conclusions énoncées dans la décision *General Motors du Canada* demeurent pertinentes pour le passé.

MISE À JOUR CONCERNANT L'ANNULATION POUR CAUSE D'ERREUR ET LA RECTIFICATION AU QUÉBEC

MARC DUVAL, AVOCAT, M. FISC.
REVENU QUÉBEC

PRÉCIS

Les demandes d'annulation ou de rectification de contrats ou d'actes juridiques unilatéraux font l'objet, au Québec, de nombreuses discussions parmi les fiscalistes, si bien qu'il est pertinent de faire le point sur ces deux recours.

Dans le présent article, nous analysons dans quels cas l'annulation d'un contrat pour cause d'erreur peut être invoquée au Québec. À cet égard, la jurisprudence québécoise est examinée en parallèle avec la jurisprudence française étant donné que le *Code civil du Québec* est similaire au *Code civil* français en ce qui concerne cette notion. Par ailleurs, nous étudions la doctrine de rectification des contrats et des actes juridiques unilatéraux à la lumière du *Code civil du Québec* et du *Code de procédure civile* du Québec afin de déterminer si cette doctrine peut ou non être appliquée au Québec.

ABSTRACT

The appropriateness of filing proceedings with a view to annul or rectify a contract or a unilateral juridical act is frequently discussed among tax practitioners in the Province of Québec. This paper rounds up these two legal remedies: nullity and rectification.

First, it considers under what circumstances nullity of a contract in the case of error may be invoked in Québec. Due to the fact that the provisions of the *Civil Code of Québec* are similar to those of the French *Code civil* in that respect, the paper analyzes both the relevant Québec case law and French case law. Second, the equitable remedy of rectification of contracts or unilateral juridical acts is reviewed in the light of the *Civil Code of Québec* and of the *Code of Civil Procedure* of Québec in order to determine whether or not it should be applied in that Province.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	39
1. APERÇU GÉNÉRAL DES DEUX RECOURS : RECTIFICATION OU ANNULATION DU CONTRAT.....	39
1.1. LA RECTIFICATION.....	39
1.2. L'ANNULATION.....	41
1.3. LES CONSÉQUENCES FISCALES DE LA RECTIFICATION ET DE L'ANNULATION.....	42
2. ANNULATION DU CONTRAT POUR CAUSE D'ERREUR.....	43
2.1. LA NOTION D'ERREUR EN DROIT CIVIL.....	43
2.2. LE CONCEPT D'ERREUR SUR LES CONSÉQUENCES FISCALES ET LES TRIBUNAUX QUÉBÉCOIS.....	48
2.3. L'ERREUR INEXCUSABLE.....	57
3. DOCTRINE DE RECTIFICATION.....	60
3.1. L'APPLICATION DE L'ARRÊT <i>JULIAR</i> AU QUÉBEC.....	60
3.2. LE <i>CODE CIVIL DU QUÉBEC</i> ET LA DOCTRINE DE RECTIFICATION.....	65
3.3. LE <i>CODE DE PROCÉDURE CIVILE</i> ET LA DOCTRINE DE RECTIFICATION.....	68
3.4. LES POUVOIRS INHÉRENTS DE LA COUR SUPÉRIEURE ET LA DOCTRINE DE RECTIFICATION.....	73
CONCLUSION.....	76

INTRODUCTION*

La fiscalité étant un domaine très complexe, il est normal que des erreurs surviennent lorsqu'un fiscaliste conseille son client ou met en place une stratégie, lui causant ainsi parfois un préjudice. Plutôt que de recourir à leur assurance responsabilité, certains fiscalistes assument les frais relatifs à une demande d'annulation ou de rectification du contrat ou de l'acte juridique unilatéral à la source du problème. Cette tendance s'est accrue au cours des dernières années au Québec, si bien qu'il est pertinent de faire le point sur ces deux recours. En premier lieu, nous analyserons dans quels cas l'annulation pour cause d'erreur peut être invoquée par le fiscaliste pour le compte du contribuable. À cet égard, nous examinerons la jurisprudence québécoise en parallèle avec la jurisprudence française puisque le *Code civil du Québec*¹ est similaire au *Code civil* français relativement à la notion d'annulation pour cause d'erreur d'un contrat. En second lieu, nous étudierons la doctrine de la rectification des contrats ou des actes juridiques unilatéraux afin de déterminer si celle-ci devrait trouver application en droit civil.

1. APERÇU GÉNÉRAL DES DEUX RECOURS : RECTIFICATION OU ANNULATION DU CONTRAT

1.1. LA RECTIFICATION

La rectification permet la correction de documents qui ne traduisent pas l'intention des parties. Elle est utilisée en matière fiscale pour réformer rétroactivement une situation fiscale désavantageuse pour un contribuable, qui découle généralement d'une erreur professionnelle. Ce concept vient du droit anglais : il s'agit d'une réparation en *equity* créée de toutes pièces par les tribunaux². La rectification vise essentiellement à faire intervenir le

* Les opinions exprimées dans ce texte n'engagent que l'auteur et ne correspondent pas nécessairement à celle de Revenu Québec. L'auteur remercie M^c Gilles Bourque pour sa contribution et M^c Pierre Gagné pour ses précieux commentaires à l'égard du présent texte.

¹ L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

² George W. KEETON, L.A. SHERIDAN, *Equity*, London, Sir Isaac Pitman and Sons Ltd., 1969, p. 530; les professeurs Keeton et Sheridan s'expriment comme suit concernant l'origine de cette doctrine :

« This jurisdiction was originally exercised mainly in respect of marriage settlements which did not correspond with marriage articles, an early reported example being *Thin v. Thin*. [1650. 1Ch. Rep.162] It has been

(à suivre...)

tribunal pour réformer *ab initio*, donc rétroactivement, une situation, un contrat ou un écrit³.

Il existe aujourd'hui deux grandes familles de rectifications. La première est celle mentionnée précédemment, fondée sur l'équité (*equitable doctrine*) et ayant une assise essentiellement jurisprudentielle. La seconde est basée sur les lois spécifiques (*statutory remedies*) et a un fondement uniquement législatif. La rectification, quelle que soit la famille dont elle fait partie, peut porter sur deux types d'erreurs : les erreurs matérielles (erreur de calcul, de désignation ou d'écriture) et, depuis peu, les erreurs relativement aux effets escomptés d'une opération (erreurs quant aux effets fiscaux notamment)⁴.

(...suite)

extended to leases and other conveyances, and even to voluntary deeds. By the time of Lord Hardwicke, the jurisdiction rested on well-settled principles. These principles were discussed in *Maunsell v. Maunsell*, where three classes of case were enunciated by Sullivan, M.R.: (1) where settlements are sought to be reformed on the ground of mutual mistake; (2) where a party acting in the transaction and claiming a benefit under it occupied a confidential relationship to the settler and, having undertaken to have a proper settlement drawn, had an improper one drawn in his favour; and (3) where the grantor under a voluntary deed did not know the precise effect of the deed, and the precise limitations were not authorised by him. »

³ Voir Jeffrey BERRYMAN, *The Law of Equitable Remedies*, Toronto, Irwin Law, 2000, p. 332 :

« The equitable remedy of rectification is one of great antiquity; it provides for the correction of documents that, until corrected, inaccurately record the intention of the parties. Although it is common to find the remedy included with the law of mistake, rectification only corrects errors in recording the intentions of the parties. It does not correct or provide relief for mistakes in subject matter or terms of a contract. »

Voir également Gerald Henry Louis FRIDMAN, *The Law of contract in Canada*, 5^e éd., Toronto, Carswell, 2006, p. 826, où le professeur Fridman mentionne ceci :

« The essence of rectification is to bring the document which was expressed or intended to be in pursuance of a prior agreement into harmony with that prior agreement. It deals with the situation where, contracting parties having reduced into writing the agreement reached by their negotiations, some mistake was made in the wording of the final, written contract, altering the effect, in whole or in part, of the contract. »

⁴ Joel NITIKMAN, « Many Questions (and a Few Possible Answers) About the Application of Rectification in Tax Law », (2005), vol. 53, n° 4 *Revue fiscale canadienne* 941-973, p. 963; cet auteur s'exprime comme suit concernant la rectification :

(à suivre...)

Dans le premier cas, le tribunal se contente de corriger l'erreur matérielle d'écritures, tandis que dans le cas de l'erreur sur les effets escomptés, il peut aller jusqu'à substituer une opération à une autre ou une situation à une autre. C'est sur la rectification fondée sur l'équité que nous nous attarderons.

1.2. L'ANNULATION

Par ailleurs, dans certaines circonstances, le contribuable peut demander l'annulation d'un contrat lorsque ses effets escomptés (en l'occurrence fiscaux) ne sont pas ceux qui ont été envisagés. L'annulation, à l'instar de la rectification, rétroagit *ab initio* mais est moins avantageuse ou pratique en ce qu'elle n'a pour effet que de remettre les parties dans l'état dans lequel il se trouvait avant la conclusion du contrat, sans pour autant substituer à la situation juridique indésirable la situation juridique désirée ou désirable comme le permet la rectification. À l'égard de l'erreur, l'article 1400 C.c.Q. est invoqué puisque les contribuables plaident le fait que celle-ci a vicié le consentement de l'une des parties au contrat. La doctrine québécoise indique que tant la nullité relative que la nullité absolue nécessitent une intervention judiciaire⁵. Nous constaterons que les tribunaux québécois ont accordé à

(...suite)

« Rectification is permitted in the “classic” case where the parties agree on one word but accidentally write down another. In the doctrine's more modern form, any time the parties intend to achieve a particular tax result and actually consider that tax result, rectification of the transaction as a whole will be permitted even if the executed documents contain the words they were intended to contain and even if the mechanism chosen to obtain the tax result turns out to be the wrong mechanism. There is no true distinction between a mistake as to legal consequences and a mistake as to legal effect: the court that hears the application must simply be vigilant and ensure that the parties are not merely changing their minds to escape what has turned out to be a plan that they would rather not carry out for commercial reasons. »

⁵ Sur ce sujet, voir Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 418; Jean PINEAU et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 351; Didier LLUELLES et Benoit MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 567. Par ailleurs, la résolution, qui possède un effet rétroactif, doit être prévue au contrat. En effet, l'article 1605 C.c.Q. prévoit que la résolution ou la résiliation du contrat peut avoir lieu sans poursuite judiciaire lorsque le débiteur est en demeure de plein droit d'exécuter son obligation ou qu'il ne l'a pas exécutée dans le délai fixé par la mise en demeure. Les paramètres de la résolution ont été ainsi fixés par le législateur. Elle ne peut donc être utilisée pour annuler un contrat dont les conséquences fiscales ne sont pas celles qui avaient été envisagées sous réserve toutefois de l'inclusion au contrat d'une telle clause. La résolution tout en ayant les mêmes effets que la nullité « s'applique à un contrat régulièrement conclu et tient à une circonstance postérieure : soit la survenance d'un événement jusque-là incertain, (à suivre...)

quelques occasions l'annulation lorsque les conséquences fiscales d'un contrat n'étaient pas celles qui avaient été envisagées.

1.3. LES CONSÉQUENCES FISCALES DE LA RECTIFICATION ET DE L'ANNULATION

Avant de commencer l'étude de l'annulation pour cause d'erreur et de la rectification, il est important de rappeler que tant la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁶ que la *Loi sur les impôts*⁷ sont des lois de conséquence⁸. Il en découle que les résultats fiscaux sont tributaires des situations juridiques auxquelles est partie un contribuable⁹. La dette fiscale d'un contribuable est donc fonction des contrats, éléments, actes ou faits qui le concernent et des conséquences que la *Loi de l'impôt sur le revenu* et la *Loi sur les impôts* y rattachent. En corollaire, dans la mesure où un contribuable, par l'effet de la rectification ou de l'annulation pour cause d'erreur, verra sa situation juridique modifiée rétroactivement, les conséquences fiscales seront également modifiées rétroactivement si bien que l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») et Revenu Québec seront liés par ces effets.

(...suite)

et dont les parties avaient prévu la réalisation éventuelle, à titre de condition résolutoire; soit, lorsque le contrat est synallagmatique, l'inexécution par l'une des parties de ses obligations ». Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, Éric SAVAUX, *Les obligations*, 1. L'acte juridique, Paris, Armand Colin, 2004, p. 279.

⁶ L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

⁷ L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

⁸ Dans l'affaire *La Reine c. Lagueux & Frères Inc.*, [1974] 2 C.F. 97, 103, il est mentionné ceci :

« Le droit fiscal, à mon avis, est un droit accessoire qui n'existe qu'au niveau des effets découlant des contrats. Une fois la nature des contrats déterminés par le droit civil, la *Loi de l'Impôt* intervient, mais seulement alors, pour imposer des conséquences fiscales à ces contrats. Sans contrat, sans droit et sans obligation, il ne peut y avoir d'incidence fiscale. L'application de la *Loi de l'Impôt* est soumise à un diagnostic, que ce diagnostic soit de droit civil ou de droit commun. »

⁹ Voir *Pedwell c. La Reine*, 2000 D.T.C. 6405, 6409 (C.F.), plus particulièrement au paragraphe 24 où il est mentionné ce qui suit : « However, taxation is transaction based (or perhaps deemed transaction-based [...]) ».

2. ANNULATION DU CONTRAT POUR CAUSE D'ERREUR

2.1. LA NOTION D'ERREUR EN DROIT CIVIL

L'article 1400 C.c.Q. se lit comme suit :

« 1400. L'erreur vicie le consentement des parties ou de l'une d'elles lorsqu'elle porte sur la nature du contrat, sur l'objet de la prestation ou, encore, sur tout élément essentiel qui a déterminé le consentement.

L'erreur inexcusable ne constitue pas un vice de consentement. »

Les trois créneaux qui permettent l'annulation des contrats sont donc la nature même du contrat, l'objet de la prestation ou un élément essentiel qui a déterminé le consentement des parties.

Nous constatons que le langage utilisé par le législateur à l'article 1400 C.c.Q. est différent de celui que l'on retrouvait dans le droit antérieur puisque l'article 992 du *Code civil du Bas-Canada*¹⁰ se lisait comme suit :

« L'erreur n'est une cause de nullité que lorsqu'elle tombe sur la nature même du contrat, sur la substance de la chose qui en fait l'objet, ou sur quelque chose qui soit une considération principale qui ait engagé à le faire. »

Toutefois, les auteurs Pineau et Gaudet sont d'avis que, sauf le deuxième alinéa selon lequel l'erreur inexcusable ne constitue pas un vice de consentement, l'article 1400 C.c.Q. est conforme au droit antérieur (art. 992 C.c.B.-C.)¹¹.

Nous sommes d'avis qu'il est possible de se référer au droit français dans le domaine de l'erreur puisque les dispositions du *Code civil* français

¹⁰ Ci-après « C.c.B.-C. ».

¹¹ J. PINEAU et S. GAUDET, *op. cit.*, note 5, p. 158. Les professeurs Jobin et Vézina, s'exprimant au sujet de l'erreur sur un élément essentiel et déterminant, mentionnent que « la lecture des recommandations de l'Office de révision du *Code civil* et des *Commentaires du ministre de la Justice* révèle que le *Code* entend reprendre ici, purement et simplement, l'hypothèse classique de l'erreur sur la considération principale connue sous le régime du *Code civil du Bas-Canada* »; voir P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *op. cit.*, note 5, p. 280. Il convient de noter également que le second alinéa de l'article 1400 C.c.Q., à savoir la notion d'erreur inexcusable, origine du droit français; à ce sujet, voir *Code civil du Québec – Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Les Publications du Québec, 1993, p. 850.

sont aux mêmes effets. L'article 1110 du *Code civil* français, qui porte sur l'erreur, se lit comme suit :

« Art. 1110. L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet.

Elle n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention. »

La notion d'erreur sur la substance en droit français est susceptible de deux interprétations : interprétation objective et interprétation subjective. Les auteurs Flour, Aubert et Savaux en font la description suivante :

« La première est *objective* : la substance désigne la matière dont la chose est faite. Un exemple de Pothier est célèbre. Le contrat est nul si l'on achète des flambeaux que l'on croit en argent, et qui sont en bronze argenté.

La seconde interprétation est *subjective* : la substance désigne la *qualité substantielle*, c'est-à-dire, suivant une formule qui est encore de Pothier, la qualité de la chose que les parties ont eue principalement en vue. Plus précisément, on dira : c'est la qualité *qui a déterminé le consentement* de l'une des parties, de telle sorte que celle-ci ne se serait pas engagée si elle avait su que cette qualité n'existait pas¹². »

Comme le mentionnent les auteurs, c'est le terme « substance » au sens subjectif qui fut retenu tant par la doctrine que par la jurisprudence françaises puisque la conception objective était « trop étroite pour assurer une protection efficace des intérêts des contractants »¹³. Les professeurs Ghestin et Serinet ajoutent ceci :

« Moins qu'une substance figée *a priori* d'après les espèces de choses, on se réfère à la qualité substantielle, celle que la partie avait principalement en vue, celle sans laquelle elle n'aurait pas donné son consentement, soit une notion instable, variant selon les individus, dès lors que le "rapport principal

¹² J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *op. cit.*, note 5, p. 138.

¹³ Jacques GHESTIN et Yves-Marie SERINET, *Répertoire civil Dalloz*, rubrique « Erreur », Paris, 2006, par. 125 et suiv.; voir également à ce sujet J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *op. cit.*, note 5, p. 138; Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Cours de droit civil, Les obligations*, t. VI, Paris, Éditions Cujas, 1999, p. 242; Alain BÉNABENT, *Droit civil : Les obligations*, 11^e éd., Paris, Montchrestien, 2007, p. 64.

sous lequel une chose peut être envisagée diffère suivant les parties, suivant leurs besoins et leurs goûts”¹⁴. »

Nous avons constaté que les expressions « qualités substantielles », « considération principale » et « élément essentiel qui a déterminé le consentement » sont des expressions équivalentes, ce qui nous permet d'avancer que le langage utilisé par le législateur à l'article 1400 C.c.Q. est au même effet que celui de l'article 992 C.c.B.-C. Cette conception de l'erreur retenue par le *Code civil du Québec* nous autorise donc à nous référer expressément au droit français puisque ceux qui invoquent l'erreur plaident le fait que l'absence de conséquences fiscales constitue un élément essentiel de la transaction, en ce qu'elle a déterminé ou induit le consentement au contrat. D'ailleurs, les auteurs Mignault, Jobin, Pineau, Lluelles et autres auteurs québécois renvoient abondamment au droit français dans les chapitres de leurs volumes qui traitent de l'erreur¹⁵.

Qu'en est-il du droit français sur l'erreur sur les conséquences fiscales? La jurisprudence française la qualifie d'erreur sur les motifs ou erreurs indifférentes¹⁶. Or, il est on ne peut plus intéressant de constater que la jurisprudence française refuse l'annulation pour cause d'erreur lorsque les conséquences fiscales qui se sont subséquemment matérialisées ne sont pas celles qui avaient été envisagées puisqu'elle considère que nous sommes en présence d'une erreur sur les motifs extérieurs au contrat.

À cet égard, nous nous permettons de citer presque *in extenso* le paragraphe 216 des professeurs Ghestin et Serinet dans leur étude sur l'erreur puisque ces auteurs énoncent la position de la jurisprudence française sur ce sujet.

« C'est d'abord la première Chambre civile qui a eu à se prononcer sur le cas d'une personne qui avait acquis, d'une société anonyme de gestion du patrimoine, des lots d'un immeuble en copropriété à rénover afin de bénéficier d'avantages fiscaux. N'ayant pu les obtenir, il assigna son vendeur, le syndicat des copropriétaires et le notaire devant lequel l'acte avait été signé, en nullité pour erreur et résolution de la vente, ainsi qu'en

¹⁴ J. GHESTIN et Y.-M. SERINET, *op. cit.*, note 13, par. 125.

¹⁵ J. PINEAU et S. GAUDET, *op. cit.*, note 5, pp. 153-174; P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *op. cit.*, note 5, pp. 277-292; D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 5, pp. 241-280; P.-B. Mignault, *Le droit civil canadien*, tome cinquième, Montréal, C. Théoret, Éditeur, 1901, pp. 211-221.

¹⁶ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *op. cit.*, note 5, par. 204, p. 145; J. GHESTIN et Y.-M. SERINET, *op. cit.*, note 13, par. 210 et suiv.

dommages et intérêts, sans succès. Le pourvoi faisait état de ce que la cause de l'engagement avait été le désir de réaliser des économies fiscales et que la société venderesse connaissait ce motif déterminant. Mais la Cour de cassation a rejeté en jugeant que "l'erreur sur un motif du contrat extérieur à l'objet de celui-ci n'est pas une cause de nullité de la convention, quand bien même ce motif aurait été déterminant ; [...] c'est donc à bon droit que l'arrêt énonce que l'absence de satisfaction du motif considéré – savoir la recherche d'avantages d'ordre fiscal – alors même que ce motif était connu de l'autre partie, ne pouvait entraîner l'annulation du contrat faute d'une stipulation expresse qui aurait fait entrer ce motif dans le champ contractuel en l'érigeant en condition de ce contrat" (Cass 1^{re} civ. 13 févr. 2001, Bull. civ. I no 31 JCP 2001. I. 330, obs. J. Rochfeld, RTD civ. 2001. 352, obs. J. Mestre et B. Fages, Defrénois 2002, art. 37251, note D. Robine). Puis, de manière très comparable, la troisième chambre civile a à son tour retenu la même solution dans une affaire où des personnes avaient acquis de deux sociétés de parking des emplacements de stationnement destinés à l'exploitation publique dans un immeuble en l'état futur d'achèvement. Elles avaient espéré, à tort, pouvoir bénéficier du régime fiscal des bénéficiaires industriels et commerciaux après immatriculation au RCS, et déduire de leurs revenus imposables une partie des pertes liées à l'acquisition et l'exploitation des emplacements. La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir, après analyse des contrats de vente, jugé qu'il "n'y avait pas lieu de prononcer l'annulation des contrats de vente, l'erreur sur un motif extérieur à l'objet de celui-ci n'étant pas, faute de stipulation expresse, une cause de nullité de la convention, quand bien même ce motif aurait été déterminant" (Cass. 3^e civil. 24 avr. 2003, Bull. civ. III, no 82, D. 2004, 450, note S. Chassagnard, JCP 2003. II. 10134, not R. Wintgen, RTD civ. 2003. 723, obs. P.-Y. Gautier, RDC 2003. 42, note D. Mazeaud). Enfin, la chambre commerciale a repris le même raisonnement (Cass. Com. 30 mai 2006, no 04-15.356 : vente d'un camion-friterie, alors que le vendeur ne bénéficiait pas de l'autorisation administrative de l'exploiter sur la parcelle parallèlement donnée à bail)¹⁷. »

Selon les auteurs, la Cour de cassation¹⁸ mentionne que s'il y avait une stipulation expresse au contrat, à savoir que le motif pour contracter, c'est-à-dire de pouvoir bénéficier d'avantages fiscaux, avait été mentionné au contrat, elle aurait pu en prononcer l'annulation¹⁹.

¹⁷ J. GHESTIN et Y.-M. SERINET, *op. cit.*, note 13, par. 216; au même effet, voir J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *op. cit.*, note 5, par. 204, p. 146; voir également les propos du professeur Petit sur ce sujet : Bruno PETIT, *Contrats et obligations*, JurisClasseur civil, par. 56-57.

¹⁸ Cass 1^{re} civ. 13 févr. 2001, Bull. civ. I no 31 JCP 2001. I. 330.

¹⁹ Un autre cas est rapporté par les professeurs Ghestin et Serinet. Toutefois, il n'est pas traité dans le chapitre *Vice et discordance des volontés* mais plutôt dans celui sur *L'appréciation du caractère inexcusable de l'erreur*. Dans ce cas également, l'annulation fut refusée puisqu'il appartenait au repreneur de se renseigner sur les (à suivre...)

Les auteurs Pineau, Gaudet, Lluelles et Moore utilisent l'expression d'« erreur indifférente » qui recoupe l'erreur sur le motif tandis que les auteurs Jobin et Vézina parlent d'« erreur sur le motif »²⁰. Tous ces auteurs renvoient au droit français à cet égard mais n'apportent rien de plus sur le sujet si ce n'est que de faire état de la jurisprudence québécoise. Nous nous permettons de citer Lluelles et Moore, qui résumant ainsi l'état du droit sur le sujet :

« Par “erreur indifférente” on entend l'erreur qui ne s'insère dans aucun des créneaux du premier alinéa de l'article 1400. Elle ne donne donc pas lieu à l'annulation du contrat. Ainsi en est-il de l'erreur sur le motif purement personnel : celui qui achète une maison à Montréal pensant qu'il vient d'obtenir un emploi permanent dans cette ville, alors qu'il n'a en fait, obtenu qu'un stage de formation, ne peut se plaindre de son erreur. Cette erreur porte sur un élément trop intime à l'acquéreur – ou trop extérieur au circuit contractuel – pour pouvoir remettre en cause le contrat. De même, celui qui vend un bien pour un prix inférieur à sa valeur réelle à la suite de mauvais renseignements obtenus d'un évaluateur incompetent, ne peut davantage se plaindre sur le terrain de l'erreur : l'erreur économique, en effet, ne porte, à elle seule, ni sur la nature du contrat, ni sur l'objet de la prestation, ni sur les éléments essentiels; [...]»²¹.

Nous constatons que l'erreur sur les motifs n'est donc pas retenue, à l'instar de la doctrine française, afin d'obtenir l'annulation du contrat. La difficulté consiste à distinguer l'erreur sur les motifs de l'erreur sur un élément essentiel du contrat. C'est pourquoi la doctrine a de la difficulté à

(...suite)

conséquences fiscales. Cette erreur fut donc considérée comme inexcusable. Voir J. GHESTIN et Y.-M. SERINET, *op. cit.*, note 13, par. 302.

²⁰ J. PINEAU et S. GAUDET, *op. cit.*, note 5, p. 156; P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *op. cit.*, note 5, p. 287; D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 5, p. 250.

²¹ D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 5, p. 250. Voir également le commentaire de Vincent KARIM, *Les obligations*, vol. 1, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, p. 336 :

« Le *Code civil du Québec* précise, à l'article 1400, que l'erreur est cause de nullité lorsqu'elle porte sur l'un des éléments essentiels ayant déterminé le consentement. Est-il permis de considérer le motif comme étant un élément essentiel au contrat et alors faire de l'erreur sur les motifs une cause de nullité? Il est possible que les tribunaux adoptent une telle attitude, surtout si le motif ayant poussé une partie à contracter constitue en même temps la considération principale. Les tribunaux doivent être prudents dans l'appréciation des faits et appliquer des critères stricts. En effet, si l'erreur sur les motifs est cause de nullité des contrats, les rapports contractuels pourraient s'avérer fragiles et il deviendrait facile de faire annuler un contrat en invoquant à chaque fois son erreur sur le motif. »

retenir une ligne directrice sur le sujet et se limite à faire ressortir les différentes décisions de la jurisprudence. La différence nous semble quelquefois ténue entre les deux types d'erreurs. Un commentaire de Trudel, s'exprimant à l'égard de l'erreur sur la considération principale, trouve également application relativement à l'erreur sur les motifs et demeure selon nous d'actualité :

« Il est relativement facile de situer dans le champ strictement contractuel cette considération principale. Il reste encore une difficulté : mesurer cette considération et lui trouver une importance suffisante pour que l'erreur à son sujet vicie le consentement et annule le contrat. La preuve des faits et la discrétion du tribunal ont alors une portée si étendue qu'elles ne souffrent guère la rigidité des règles doctrinales. Ces litiges sont des cas d'espèces²². »

2.2. LE CONCEPT D'ERREUR SUR LES CONSÉQUENCES FISCALES ET LES TRIBUNAUX QUÉBÉCOIS

Depuis quelque temps, les tribunaux québécois ont eu à se prononcer sur l'erreur lorsque l'absence de conséquences fiscales était un élément essentiel au contrat. Toutefois, cette notion d'erreur sur le motif ou d'erreur indifférente n'a été soulevée (par les autorités fiscales) que dans le jugement récent *Felix & Norton International inc. c. Canada (Procureur général)*²³, comme nous le constaterons.

La première décision significative est *B.E.A. Holdings Inc. c. Trafsys inc.* de la Cour supérieure qui a fait l'objet d'un appel en Cour d'appel du Québec²⁴. Dans cette affaire, le tribunal devait décider s'il y avait lieu d'annuler la vente d'actions détenues par B.E.A. Holdings Inc. (ci-après « B.E.A. ») dans sa filiale en propriété exclusive, Les Communications Trafsys, à son autre filiale en propriété exclusive, Trafsys inc. (prenons note que B.E.A. requérait, si la demande en annulation était rejetée, la rectification des transactions). Sans entrer dans les détails, mentionnons que pour régler un problème de gouvernance de sa filiale canadienne, des transactions ont été effectuées sous la supervision d'un fiscaliste puisqu'il

²² Gérard TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, tome septième, Montréal, Wilson & Lafleur, 1946, p. 169.

²³ C.S. Montréal, n° 500-17-043235-087, 10 mars 2009, j. Senécal (ci-après « *Felix & Norton* »).

²⁴ C.S. Montréal, n° 500-05-074753-029, 16 avril 2003, j. Dufresne (ci-après « *B.E.A. Holdings C.S.* »); C.A. Montréal, n° 500-09-013408-034, 12 février 2004 (ci-après « *B.E.A. Holdings C.A.* »).

importait que celles-ci n'entraînent aucune conséquence fiscale²⁵. L'absence d'incidence fiscale était, selon B.E.A., une considération essentielle à la conclusion des contrats. Or, les parties ont constaté que le fiscaliste consulté s'était trompé sur les incidences fiscales, d'où la demande en annulation de vente des actions.

Le juge Dufresne de la Cour supérieure a refusé d'annuler l'opération puisqu'il était d'avis qu'il n'était pas en présence d'une erreur concernant l'accomplissement de son objet ni « quant à l'interprétation de celle-ci »²⁶. La Cour d'appel toutefois accorde l'annulation en s'exprimant comme suit :

« Il ressort clairement de la preuve que l'élément essentiel qui a déterminé le consentement de l'appelante à participer à la vente du 19 novembre 2001 était que celle-ci n'entraîne pour elle aucune conséquence fiscale.

S'agissant essentiellement pour l'appelante de résoudre un problème de gouvernance, elle ne cherchait qu'une restructuration pour lui permettre d'atteindre cette fin.

En fonction des circonstances bien particulières de l'espèce, l'erreur de l'appelante n'était pas inexcusable et elle portait sur un des éléments essentiel du consentement²⁷. »

Il est regrettable que la Cour d'appel du Québec n'ait pas exposé de façon détaillée la nature de la preuve qui lui a permis de conclure qu'elle était en présence d'un élément essentiel au consentement. En outre, elle n'a pas expliqué dans quelles circonstances cette erreur donnait ouverture au recours en annulation.

²⁵ Le 16 avril 2001, B.E.A., société constituée en vertu des lois de l'État du Delaware aux États-Unis, a acheté toutes les actions de Traftsys Canada. Après la transaction, B.E.A. a réalisé que le conseil d'administration devra être composé majoritairement d'administrateurs canadiens en vertu de l'article 105 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (L.R.C. (1985), c. C-44 et mod.). Ses avocats et comptables lui recommandent de former une société québécoise qui achèterait les actions détenues par B.E.A. dans sa filiale à propriété exclusive Traftsys Canada puisque la *Loi sur les compagnies* (L.R.Q., c. C-38) n'a pas cette exigence d'un conseil d'administrateurs canadiens.

²⁶ B.E.A. Holdings C.S., précité, note 24, par. 46-47.

²⁷ B.E.A. Holdings C.A., précité, note 24, par. 1-3.

Pour déterminer dans quelles situations le recours en annulation pour cause d'erreur est possible, il nous faut examiner l'arrêt *Cayer c. Martel*²⁸ également de la Cour d'appel du Québec. Dans ce cadre, le juge Baudouin s'exprimait comme suit, afin de rejeter la demande :

« Une erreur déterminante du consentement n'est pas, en effet, pour autant une erreur sur la considération principale de l'engagement. Non seulement faut-il, en droit, qu'elle ait poussé la personne à contracter, mais encore qu'elle appartienne à l'une des catégories que la loi reconnaisse comme donnant ouverture au recours en annulation.

Je ne veux pas cependant passer pour affirmer que jamais une erreur déterminante sur la valeur ne peut être une erreur sur la considération principale. On peut, en effet, à mon avis, imaginer des hypothèses où les impératifs économiques du contrat projeté sont au centre même de la décision de contracter et donc s'élèvent au rang de considération principale et de condition même de l'engagement. Encore faut-il, alors, que ce motif déterminant soit clairement extériorisé. En l'espèce, l'exigence du prix recherché non seulement n'apparaît pas dans les conditions de la vente, mais encore n'a jamais été portée à la connaissance de l'autre partie. Comme l'écrit Jacques GHESTIN, Traité de droit civil. La formation du contrat, 3^e éd., Paris 1993, L.G.D.J. n° 526, p. 490 : [...]»²⁹. » (Caractères en italique ajoutés)

Mentionnons que l'erreur sur la valeur ou l'erreur économique n'est pas une cause de nullité puisqu'elle se confond avec la lésion³⁰. L'erreur sur la valeur devient toutefois une cause d'annulation lorsqu'elle peut être rattachée à une qualité substantielle (élément essentiel). Il est toutefois difficile de distinguer ces deux types d'erreurs. À cet égard, le passage suivant du professeur Ghestin qui énonce les caractéristiques de l'erreur sur la valeur permet d'établir cette distinction :

« Il n'y a erreur sur la valeur qu'en présence d'une appréciation économique erronée, effectuée à partir de données exactes. Dans cette hypothèse, en effet, il n'apparaît aucun élément substantiel qui permette de la distinguer de la lésion. En revanche, lorsque le déséquilibre des prestations provient d'une erreur sur une donnée objective de l'appréciation faite par l'une des parties, un élément supplémentaire s'ajoute à la lésion. Si

²⁸ C.A. Montréal, n° 500-09-001620-905, 7 novembre 1995, j. Baudouin (ci-après « *Cayer* »).

²⁹ *Id.*

³⁰ Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, p. 474.

cette donnée inexacte était une qualité substantielle de l'objet, le contrat peut être annulé³¹. »

Une analogie peut être faite avec l'erreur économique et l'erreur fiscale (c'est-à-dire lorsque les conséquences fiscales d'une transaction ne sont pas celles qui étaient envisagées) puisque la rentabilité économique peut être tributaire de l'aspect fiscal. Qu'en est-il dans cette situation? En règle générale, l'erreur sur la rentabilité économique est considérée comme une erreur sur la valeur, cette erreur n'étant pas alors un motif d'annulation du contrat par les tribunaux. Les professeurs Ghestin et Serinet mentionnent que cette erreur peut être appréhendée à la manière d'une erreur classique se rapportant alors « directement ou indirectement à l'objet de l'une des prestations contractuelles et affectant une qualité convenue de celui-ci »³². Les auteurs citent, à cet égard, un arrêt de la Cour de cassation³³ visant la capacité hôtelière d'un immeuble. Toutefois, ils s'interrogent quant à savoir si cette rentabilité peut en elle-même être considérée comme une qualité substantielle. Leur réponse nous permet de bien cerner le débat à l'égard des cas qui ont été récemment portés devant les tribunaux québécois. Voici comment ces auteurs s'expriment :

« Souvent, la rentabilité économique de l'opération juridique envisagée ne se réfère pas à l'objet de l'une ou l'autre des prestations parce qu'elle en est la résultante et, pour l'un des contractants au moins, la finalité. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si de telles déceptions sont d'ordinaire portées sur le terrain d'une absence de cause (subjectivée), que l'opération de défiscalisation envisagée n'ait pas produit l'avantage escompté (p. DIENER, article préc. [*supra* no 61]) ou que l'exécution du contrat de location de cassettes vidéo selon l'économie voulue par les parties soit demeurée impossible (Cass. 1^{re} civ. 3 juill. 1996, Bull. civl. I, no 286, Defrénois 1996, art. 36681, obs. Ph. Delebecque, RTD civ. 1996. 901, obs. J. Mestre, D. 1997, 500, note Ph. Reigné, JCP 1997. i. 4015, no 4, obs. Fr. Labarthe;

³¹ *Id.*, p. 475. Dans V. KARIM, *op. cit.*, note 21, p. 340, cet auteur fait la distinction suivante :

« [...] cette règle n'empêche pas de faire la distinction entre une erreur sur la valeur économique du contrat commise par un contractant sans pouvoir reprocher une faute quelconque à l'autre contractant et une erreur dont la commission est due à un manquement à l'obligation d'information de l'autre contractant. Dans le premier cas, l'erreur économique n'est pas sanctionnable alors que, dans le deuxième, on ne cherche pas à sanctionner cette erreur, mais plutôt le manquement à la règle de bonne foi par le débiteur de l'obligation d'information. »

³² J. GHESTIN et Y.-M. SERINET, *op. cit.*, note 13, par. 220.

³³ Cass. 3^e div. 1^{er} avr. 1992, no 90-14.899.

adde, sur l'analyse de cet arrêt, J.Ghestin, Cause de l'engagement et validité du contrat, *op.cit.* nos 393 et s.). Si l'on reste sur le seul terrain de l'erreur, la mauvaise appréciation de la rentabilité économique du contrat, lorsqu'elle ne procède pas d'une erreur substantielle se rapportant à l'objet, doit s'analyser comme une simple erreur sur les motifs, ou un mobile, et relever du régime de cette dernière. (V. également en ce sens, mais rattachant l'idée à l'imprévision, P. CHAUVEL, J.-CL. Contrats-Distribution, article préc., no 104). Selon une formule devenue rituelle, elle n'est donc pas, faute de stipulation expresse qui aurait érigé en condition ce motif déterminant, une cause de nullité de la convention (Cass. Civ. 3 août 1942, DA 1943. 18; Cass. 1^{re} civi. 13 févr. 2001, Bull. civ. I, no 31; Cass. 3^e civ. 24 avr. 2003, Bull. Civ. III, no 82; V. supra nos 216 et s. et, infra nos 280 et s.). Rien n'interdirait au demeurant que les parties conviennent, par une clause spéciale, de garantir un rendement minimum à l'opération, si tel était du moins leur souhait³⁴. » (Notre soulignement)

En appliquant ce qui se dégage des propos cités, quelle lecture peut-on faire de la décision *B.E.A. Holdings C.A.*? Les opérations effectuées dont on demandait l'annulation avaient pour but de régler un problème de gouvernance; c'était l'objet des opérations. Or, selon les professeurs Ghestin et Serinet, si l'erreur ne se rapporte pas à l'objet, elle doit s'analyser comme une erreur sur les motifs à moins d'une stipulation expresse au contrat. Est-ce que les témoignages des parties peuvent démontrer un élément qui n'apparaît pas au contrat écrit mais qui a fait l'objet d'un consentement entre les parties? Nous sommes d'avis qu'il s'agit alors d'un problème de preuve. C'est pourquoi, sauf à l'égard d'une opération effectuée uniquement à des fins fiscales, tel un roulement qui devient alors l'objet de l'opération, il y a lieu d'introduire une stipulation expresse de la condition que l'on veut ériger en élément essentiel à l'opération; le consentement de l'autre partie à cet égard transforme celle-ci en motif déterminant (élément essentiel) pour contracter. Ainsi, la Cour d'appel, faute de stipulation expresse, se devait d'établir à partir de la preuve au dossier si elle était en présence d'un motif déterminant pour contracter; cette preuve lui a permis de conclure que l'absence de conséquence fiscale était un élément essentiel à l'opération. Voyons si les tribunaux ont suivi cette décision.

Le premier jugement est *Carpanzano c. 3660524 Canada Inc.*³⁵ Les faits peuvent se résumer succinctement. La société Global Creations Inc. est créée le 12 avril 1999. Étant donné que pendant la première année

³⁴ J. GHESTIN et Y.-M. SERINET, *op. cit.*, note 13, par. 229.

³⁵ C.Q. Montréal, n° 500-22-085891-037, 3 mars 2005, j. Pautzé (ci-après « *Carpanzano* »).

suivant sa création la société se développe très bien et qu'on prévoit des profits intéressants, le comptable suggère de créer une autre société dans laquelle seront transférés les excédents de capital. Cette opération ne devait entraîner aucune conséquence fiscale. Toutefois, la création de cette autre société a comme corollaire la perte de l'exonération fiscale de cinq ans. La demanderesse, M^{me} Carpanzano, est d'avis que la création de la nouvelle société est une erreur puisqu'elle ne devait entraîner aucune conséquence fiscale. Conséquemment, elle demande l'annulation de la vente des actions à celle-ci.

La juge mentionne qu'il est vrai que le roulement des actions à la nouvelle société ne devait entraîner aucune conséquence fiscale, mais elle ajoute que l'objectif principal de la création de la nouvelle société est le roulement fiscal; le roulement devait reporter l'impôt payable à plus tard, mais la perte de l'exonération fiscale de cinq ans n'avait pas été envisagée. Citant l'arrêt de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *B.E.A. Holdings C.A.*, la juge s'en distingue comme suit :

« Il appert à la lecture de cette dernière décision que l'erreur économique peut être une cause d'annulation de contrat lorsque l'erreur économique est l'élément essentiel de la transaction. L'absence de conséquences fiscales était le motif déterminant pour la création de la compagnie québécoise.

Or, en l'instance, comme nous l'avons vu auparavant, la conséquence fiscale reliée à la création de la nouvelle compagnie est celle du roulement, reportant à plus tard un impôt payable³⁶. »

Par ailleurs, la juge considère que l'absence de conséquence fiscale a été retenue dans l'arrêt *B.E.A. Holdings C.A.* afin d'accorder l'annulation pour cause d'erreur, mais qu'ici l'élément essentiel, l'absence de conséquence fiscale, n'avait été envisagée que dans le cadre du roulement et non dans celui du congé fiscal. La juge refusant l'annulation de la vente des actions s'exprime comme suit :

« Il est vrai que ce roulement des actions ne devait entraîner aucune autre conséquence fiscale et qu'il n'y avait aucun avantage pour les actionnaires à perdre cette vacance de taxes ou "Tax holiday".

³⁶ *Id.*, par. 39. À la suite de cette conclusion, le tribunal n'avait pas à analyser la notion d'erreur inexcusable.

Il est néanmoins en preuve que l'objectif principal de la création de cette compagnie est le "roulement fiscal"³⁷. »

Dans la décision *Chabot c. Chabot & Audet Inc.*³⁸, il s'agissait de procéder à un roulement d'actions d'une société à une autre sans incidence fiscale. Le conseiller financier du requérant lui mentionne qu'il possède les compétences afin de bien mener ce mandat [*sic*]. Toutefois, les transactions n'ont pas été effectuées correctement, si bien qu'il en a résulté des conséquences fiscales. Aussi, le demandeur voulait que soient déclarées nulles deux conventions d'achat par roulement d'actions. Le juge mentionne ceci :

« [...] tel que démontré par la preuve, l'ensemble de l'opération avait un but strictement fiscal, à savoir bénéficier d'un report d'impôt. Malheureusement, suite au manque de connaissance du conseiller financier, le but recherché n'a pas été atteint.

Cette distinction est de taille en regard de l'arrêt de la Cour d'appel cité par l'avocat du demandeur et constatant la nullité de la transaction, *B.E.A. Holdings c. Trafsis [SIC] inc.* En effet, dans cette affaire, le but premier recherché par les contractants se situait au niveau de la gouvernance du conseil d'administration, l'impact fiscal n'était que secondaire. De là, la décision de la Cour d'appel³⁹. »

En outre, le dispositif du jugement énonce que les contrats « préparés par le mandataire du demandeur et auxquels ce dernier a souscrit, sont le fruit d'une erreur inexcusable »⁴⁰. Il ajoute qu'un avocat fiscaliste ou un comptable agréé « raisonnablement compétent » n'aurait pas commis une erreur semblable (bourde). Nous reviendrons à la prochaine section sur cette notion d'erreur inexcusable.

Que peut-on conclure de ces deux décisions? Nous constatons que la Cour du Québec et la Cour supérieure essaient de se distinguer laborieusement de la décision *B.E.A. Holdings C.A.* de la Cour d'appel du Québec. Dans la décision *Carpanzano*, la Cour du Québec affirme que dans la décision *B.E.A. Holdings C.A.*, l'absence de conséquence fiscale était le motif déterminant pour la création de la compagnie québécoise tandis que

³⁷ *Id.*, par. 14.

³⁸ C.S. Terrebonne, n° 700-17-004592-076, 28 février 2008, j. Castonguay (ci-après « *Chabot* »).

³⁹ *Id.*, par. 20-21.

⁴⁰ *Id.*, par. 23.

dans la décision *Chabot*, la Cour supérieure s'en distingue en faisant ressortir qu'il y avait un motif autre que celui d'ordre fiscal afin d'accorder la nullité, l'impact fiscal n'étant que secondaire. Or, nous sommes d'avis que dans la décision *B.E.A. Holdings C.A.*, « l'objectif principal » pour la création de la compagnie québécoise était de régler un problème de gouvernance. La Cour d'appel a toutefois conclu que les parties avaient érigé l'absence de conséquence fiscale en élément essentiel, en motif déterminant au contrat de vente des actions. Pour se distinguer de la décision de la Cour d'appel, il suffisait de conclure que l'absence de conséquence fiscale n'avait pas été un élément essentiel du consentement au contrat ou à l'acte juridique en présence.

Les trois derniers cas visent la notion de dividende en capital. Dans la décision *Felix & Norton*, les demandeurs voulaient obtenir l'annulation pour cause d'erreur d'une résolution de la société *Felix & Norton* qui décrétait le versement d'un dividende en capital. La société plaidait le fait que ses comptables lui avaient fourni des chiffres inexacts quant au dividende qui pouvait être déclaré sans impact fiscal. Le juge résume le problème comme suit :

« [Felix & Norton] fait plutôt valoir que des informations erronées lui ont été fournies quant aux chiffres, ce qui a vicié tout le processus. La déclaration du dividende devait en effet n'avoir aucun impact fiscal ni entraîner aucun impôt. Dans les faits, les comptables avaient en main les mauvais chiffres, de sorte que la direction de la compagnie a été induite en erreur et a fait autre chose que ce qu'elle entendait faire⁴¹. »

Le juge mentionne que les mauvais chiffres pour le calcul du dividende en capital s'expliquent par le fait que les déclarations de revenus qui permettaient de calculer le compte de dividendes en capital (ci-après « CDC ») avaient été préparées par deux firmes comptables (celle de 1999 par la première firme et celles de 2000 et 2001 par une nouvelle firme). Les informations relatives aux gains et aux pertes en capital « auraient pu être obtenues. Mais elles ne l'ont pas été en raison d'un imbroglio qui s'est produit entre les comptables et les dirigeants de la compagnie »⁴².

Le juge constate que l'adoption de la résolution ne permettait la déclaration du dividende qu'à la condition qu'elle ne donne lieu à aucun paiement d'impôt et qu'elle n'oblige pas également la société à verser une

⁴¹ *Felix & Norton*, précité, note 23, par. 3.

⁴² *Id.*, par. 5.

somme d'argent aux actionnaires dans l'immédiat, en l'absence de moyens pour le faire.

Après analyse de la preuve, le juge conclut à la présence d'une erreur qui a vicié le consentement donné par les administrateurs de la société en raison des chiffres inexacts qui leur ont été fournis. Quant à la notion d'erreur inexcusable, le juge s'exprime comme suit :

« D'une part, les administrateurs de la compagnie en ont référé aux personnes compétentes pour obtenir les informations dont ils avaient besoin. Ils ont consulté des experts et se sont fiés à eux. Les comptables connaissaient bien les déclarations de revenus des cinq dernières années, les ayant préparés eux-mêmes. Ils ont cru qu'elles contenaient toutes les informations pertinentes. Ce n'était pas le cas⁴³. »

En effet, seules les déclarations de 2000 et 2001 avaient été prises en considération par les comptables et non celle de 1999 où était inscrite une perte importante, cela parce que les déclarations de revenus antérieures à l'année 2000 avaient été préparées par un autre bureau de comptables.

Par ailleurs, le procureur du ministère du Revenu du Québec avait plaidé le fait que l'erreur portait sur un motif extérieur à l'objet du contrat. À cet égard, le tribunal mentionne qu'il n'est pas en situation de contrat et que « l'erreur a été commise à l'égard de ce qui constituait le fondement même de ce qui justifiait la résolution et le versement du dividende⁴⁴ ».

Deux autres décisions de la Cour supérieure avaient déjà été rendues sur l'annulation d'un dividende. Il s'agit d'*Ambulance 2000 inc. c. Aimé Vézeau* et de *Vigneault, Lachance & Associés inc. c. Vigneault, Lachance, services financiers*⁴⁵. Dans ces jugements, la Cour supérieure a annulé en vertu de l'article 1400 C.c.Q. les résolutions des conseils d'administration déclarant le dividende en capital eu égard à l'erreur des comptables.

Que peut-on retenir de ces décisions relatives à l'annulation d'un dividende en capital et plus particulièrement de celle rendue dans l'affaire *Felix & Norton*? Le refus du juge d'appliquer l'argument de Revenu Québec selon lequel l'erreur portait sur un motif extérieur au contrat en

⁴³ *Id.*, par. 45.

⁴⁴ *Id.*, par. 49.

⁴⁵ C.S. Iberville, n° 755-17-000670-060, 6 décembre 2006, j. Roy; C.S. Frontenac, n° 235-17-000019-089, 2 juillet 2008, j. Barakett.

raison du fait qu'il était en présence d'un acte juridique unilatéral ne peut être fondé. En effet, si les articles du Code civil qui traitent de l'erreur relativement au contrat trouvent application à l'égard d'un acte juridique unilatéral, nous concevons difficilement que la jurisprudence qui s'applique aux contrats ne puisse trouver application⁴⁶. Toutefois, puisque le tribunal a conclu que le fondement même de la déclaration du dividende en capital est l'absence de conséquence fiscale, érigeant ainsi celle-ci au rang d'élément essentiel à l'acte juridique, il en découle qu'il concluait que l'erreur ne portait pas sur un motif extérieur au contrat. Comme il a été mentionné précédemment, il est des cas où un contrat ou un acte juridique, tel un roulement ou une déclaration de dividende en capital, érige en élément essentiel l'absence de conséquence fiscale de par leur nature.

2.3. L'ERREUR INEXCUSABLE

Qu'en est-il de la notion d'erreur inexcusable dont il a été question dans les décisions précédentes? Il s'agit d'établir la nature des relations contractuelles qui lient le client au fiscaliste. Dans le cas de l'avocat-conseil et du notaire qui offrent leurs conseils, la relation juridique qui lie le client et le professionnel n'est pas le mandat, juridiquement parlant, puisque les éléments constitutifs de ce dernier sont absents lorsque la tâche du professionnel est de conseiller le client. Certains y voient un contrat d'entreprise alors que d'autres sont d'avis que nous sommes en présence

⁴⁶ D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 5, p. 119; les auteurs sont d'avis que les dispositions du *Code civil du Québec* qui traitent du contrat s'appliquent aussi à l'acte juridique unilatéral. Ils s'expriment comme suit :

« Alors que le contrat est formellement assujéti à une théorie générale – celle des contrats globalement considérés –, tel n'est pas le cas de l'acte juridique unilatéral. Ce n'est pas dire que la loi l'ignore, loin de là; mais elle se contente d'en traiter au cas par cas, dans des dispositions éparées. Il est difficile de dégager un fil conducteur commun, quoique la chose ait été tentée, sur le plan doctrinal. L'absence de systématisation normative des actes juridiques unilatéraux nous force à y adapter des règles apparemment conçues pour les seuls contrats, lorsque la chose est possible. Ainsi, rien ne s'oppose à ce que les conditions tenant à la capacité des contractants ou à la qualité de leur consentement s'appliquent, *mutatis mutandis*, à la capacité de l'auteur d'un acte juridique unilatéral ou à la qualité de son consentement. De même, les dispositions relatives au régime de nullité des contrats devraient s'appliquer sans trop de difficulté au secteur des actes juridiques unilatéraux. »

d'un contrat *sui generis*⁴⁷. Quoi qu'il en soit, puisque nous ne sommes pas en présence d'un mandat, l'appréciation de la notion d'erreur inexcusable repose sur le client et non sur le fiscaliste⁴⁸. Il reste toutefois à déterminer les éléments que doit apprécier le juge afin de conclure au caractère inexcusable ou non de l'erreur.

Nous savons que cette notion d'erreur inexcusable a été introduite par le *Code civil du Québec*, adoptant ainsi le point de vue du droit français⁴⁹. Toutefois, l'appréciation du caractère inexcusable est difficile à cerner. Les auteurs Lluelles et Moore sont d'avis qu'elle devrait s'apprécier en fonction d'une faute lourde. Ils s'expriment comme suit :

« L'erreur inexcusable devrait plutôt être rapprochée de la *faute lourde* qui, bien que non volontaire, est d'un degré d'intensité supérieur à la faute ordinaire et entraîne des différences de régime avec cette dernière. Comme le manquement ayant provoqué l'erreur inexcusable, la faute lourde, suppose, en effet "une insouciance, une imprudence ou une négligence grossières" (art. 1474, al. 1^{er}). Dans l'affaire Légaré, la Cour d'appel, écartant l'assimilation de l'erreur inexcusable à la simple faute, semble opter

⁴⁷ Voir Gérald R. TREMBLAY, « La responsabilité professionnelle de l'avocat-conseil », dans *Conférence Meredith Lectures 1983-84*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1983-84, p. 181; l'auteur s'exprime comme suit :

« Par ailleurs, comment concilier la notion de contrat d'entreprise et le *Code de déontologie des avocats* qui assure le droit du client de consulter un confrère ou toute autre personne et ce, en tout temps? Il faudrait donc admettre, à l'instar du juge Flynn, que ni le contrat de mandat ni le contrat d'entreprise ne peuvent adéquatement représenter la réalité des obligations assumées par l'avocat à l'égard de son client.

L'avocat, en effet, se qualifie tantôt comme un mandataire, tantôt comme entrepreneur mais quelle que soit la nature du contrat le liant à son client, leurs relations contractuelles demeurent assujetties à la *Loi sur le Barreau* et au *Code de déontologie des avocats*.

Devant ces difficultés de qualification du contrat unissant l'avocat et son client, certains auteurs le qualifient de contrat *sui generis* et ne s'attardent qu'aux devoirs et aux obligations qu'assume l'avocat tant en vertu de son contrat qu'en vertu de son statut professionnel. »

⁴⁸ Par ailleurs, Jobin et Vézina ainsi que Lluelles et Moore sont d'avis que le fardeau de démontrer que l'erreur est inexcusable repose sur le cocontractant et non sur la partie qui s'est trompée. Voir P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *op. cit.*, note 5, p. 292 ainsi que D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 5, p. 254.

⁴⁹ La Cour d'appel fait une revue exhaustive de la doctrine française sur le sujet dans la décision *Légaré c. Morin-Légaré*, C.A. Québec, n° 200-09-003253-009, 22 août 2002, jj. Rousseau-Houle, Forget, Pelletier.

pour un degré intermédiaire : une négligence “d’une certaine gravité”, laquelle dépasse la faute simple, sans atteindre le niveau d’insouciance de la faute lourde. Comme d’autres, il nous semble que l’ajout d’un nouveau degré de faute n’est source que de confusion inutile et qu’il eût été préférable de se reporter aux notions déjà connues, tout particulièrement la faute lourde⁵⁰. »

Celui qui demande l’annulation d’un contrat (lorsque les conséquences fiscales ne sont pas celles qui ont été envisagées) a une obligation de se renseigner selon nous⁵¹. La consultation d’un fiscaliste devient donc la

⁵⁰ D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 5, p. 253. Dans J. PINEAU et S. GAUDET, *op. cit.*, note 5, p. 168, les auteurs sont en désaccord avec cette qualification. Ils s’expriment comme suit :

« Il faut se garder de confondre ici “erreur inexcusable” et faute lourde : l’erreur inexcusable est simplement l’erreur fautive, celle qui résulte de l’imprudence à n’avoir pas pris les précautions qui s’imposaient dans les circonstances pour se renseigner. Certains prétendent que l’erreur inexcusable est à rapprocher de la faute lourde, que la simple faute ne suffit pas à priver de la nullité l’auteur de l’erreur. Certes le qualificatif “inexcusable” accolé à l’erreur semble laisser croire que celle-ci doit revêtir un caractère particulièrement grave pour être prise en considération. En vérité, l’erreur inexcusable n’est que celle qui, dans les circonstances, ne peut être ...excusée, celle qui est reprochable ou blâmable. »

Pour une discussion très élaborée sur la notion de faute inexcusable, outre les auteurs Lluelles et Moore qui en font une analyse exhaustive, nous référons le lecteur à J. GHESTIN et Y.-M. SERINET, *op. cit.*, note 13, par. 292-304. Par ailleurs, notons les propos du professeur Petit sur cette notion dans B. PETIT, *op. cit.*, note 17, par. 72 :

« Quant à la condition technique du refus de l’annulation, elle ne réside pas, contrairement à ce qu’exposent la plupart des auteurs, dans la constatation d’une faute lourde ou d’une erreur grossière. Pour les tribunaux, l’erreur est inexcusable dès lors qu’elle est fautive et dans bien des cas l’annulation est écartée sur la seule constatation d’une négligence. »

⁵¹ Jobin et Vézina ainsi que Lluelles et Moore sont d’avis que le fardeau de démontrer que l’erreur est inexcusable repose sur le cocontractant et non sur la partie qui s’est trompée. Voir P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *op. cit.*, note 5, p. 292 ainsi que D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 5, p. 254. Par ailleurs, dans V. KARIM, *op. cit.*, note 21, p. 349, l’auteur fait le commentaire suivant relativement à l’obligation de se renseigner :

« [L]e tribunal doit déterminer si une personne raisonnable et prudente ayant été à la place du contractant, compte tenu de ses connaissances et de son expérience aurait dû demander conseil auprès d’un conseiller juridique ou se renseigner davantage sur les éléments de la transaction qu’elle s’apprête à conclure. Le tribunal peut conclure que l’erreur est inexcusable par l’application des critères subjectifs au lieu d’appliquer le critère d’une personne prudente et raisonnable. Il en est ainsi lorsque le contractant

(à suivre...)

norme minimum dans cette situation. Reste à savoir si les tribunaux seront plus exigeants à l'avenir à cet égard.

Après avoir fait le point sur la notion d'erreur, examinons maintenant la doctrine de rectification.

3. DOCTRINE DE RECTIFICATION

3.1. L'APPLICATION DE L'ARRÊT *JULIAR* AU QUÉBEC

La décision *Juliar c. Canada (Procureur général)*⁵² est à l'origine de l'introduction de la doctrine de rectification au Québec. Les Juliar voulaient effectuer un roulement des actions de leur société qui exploitait des dépanneurs à une nouvelle société de portefeuille. Cette opération ne devait entraîner aucune conséquence fiscale immédiate. Toutefois, à la suite d'une erreur de leur conseiller fiscal quant au prix de base rajusté (ci-après « PBR ») des actions de la société exploitante, un billet à ordre a été émis plutôt que des actions de la société de portefeuille, si bien que les Juliar, en vertu du paragraphe 84.1(1) L.I.R., étaient réputés avoir reçu un dividende pour la différence. Après des discussions infructueuses avec l'ARC afin d'en arriver à une entente, les Juliar ont présenté avec succès une requête en Cour supérieure de l'Ontario demandant au tribunal de rectifier les opérations effectuées en novembre 1993 en remplaçant le billet à ordre par des actions de la société de portefeuille⁵³. Cette ordonnance en rectification fut confirmée par la Cour d'appel de l'Ontario⁵⁴.

(...suite)

invoque son erreur sur la nature du contrat alors qu'il est juriste de formation ou un comptable. C'est le cas aussi lorsque l'erreur porte sur ces éléments essentiels de la transaction tels que la qualité du bien ou de l'équipement alors que contractant est un professionnel ou un spécialiste dans le domaine. »

⁵² (1999) 46 O.R. (3^e) 104 (C.S. Ont.); (2000) 50 O.R. (3^e) 728 (C.A. Ont.), autorisation d'en appeler à la Cour suprême du Canada refusée, n° 28304, 24 mai 2001 (ci-après « *Juliar* »).

⁵³ Mathieu BOUCHARD, « La rectification de contrats en droit québécois : mythes, réalités et applications pratiques », dans *Congrès 2006*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, pp. 38:1-22, aux pages 38:5-6 :

« L'affaire *Juliar* marque un tournant dans l'application de la doctrine de rectification au Canada. En effet, dans cette affaire, les tribunaux ontariens ont ordonné beaucoup plus que la simple rectification d'une erreur matérielle dans un contrat : ils ont permis la création d'une nouvelle structure transactionnelle afin de permettre aux contribuables visés de bénéficier des

(à suivre...)

À la suite du jugement *Juliar*, les avocats ont présenté au Québec avec succès des requêtes en rectification de contrat. Le juge Jacques Dufresne de la Cour supérieure a analysé la compétence de cette dernière concernant la doctrine de rectification dans la décision *B.E.A Holdings C.S.* Il est intéressant de noter que le juge Dufresne a soulevé ce point lui-même en s'interrogeant si cette doctrine trouvait application au Québec. Le juge Dufresne s'exprime comme suit à l'égard de cette doctrine :

« Bien que certains rapprochements puissent s'établir entre la *Doctrine of rectification* et la correction d'une erreur en droit civil, pour notamment corriger un contrat lorsqu'il est manifeste que le document ne reflète pas l'intention des parties, la première paraît avoir été appliquée, selon la jurisprudence citée, dans des circonstances et de manière que ne permet pas le droit civil en matière de correction pour cause d'erreur.

Le pouvoir de rectifier ou de corriger un écrit en droit civil ne va pas aussi loin que de modifier, comme le demande subsidiairement la requérante, les termes et conditions des écrits et conventions en cause au point de changer substantiellement par jugement la structure même de la transaction et la nature des engagements contractuels⁵⁵. »

Certaines décisions ont appliqué cette doctrine sans s'interroger si la Cour supérieure avait le pouvoir d'ordonner la rectification d'un contrat s'appuyant sur les articles 20, 31, 33 et 46 du *Code de procédure civile*⁵⁶.

(...suite)

avantages fiscaux recherchés par la transaction originale, dont la structure était déficiente en raison d'une erreur commise par l'un des professionnels ayant conseillé les Juliar. »

Par ailleurs, aux pages 38:7-8, Mathieu Bouchard tire la conclusion qui suit de l'arrêt *Juliar* :

« En d'autres mots, selon la doctrine de rectification "revue et corrigée", l'exercice consiste désormais à s'interroger pour déterminer non pas si une erreur s'est glissée dans les écrits ayant servi à constater la transaction, permettant ainsi de les corriger, mais bien la "nature" ou l'"essence" véritable de la transaction pour ensuite corriger le contrat lui-même afin que celui-ci concorde avec sa "nature" ou son "essence", quitte à imposer une nouvelle structure transactionnelle pour y arriver. »

⁵⁴ (2000) 50 O.R. (3^e) 728 (C.A. Ont.).

⁵⁵ *B.E.A. Holdings C.S.*, précité, note 24, par. 56.

⁵⁶ L.R.Q., c. C-25 (ci-après « C.p.c. »); *Imasco Ltée c. La société de Détail Imasco inc.*, C.S. Montréal, n° 500-05-075094-027, 26 novembre 2002 (ci-après « *Imasco* »); *Donald Brochu c. Les placements Donald Brochu inc.*, C.S. Québec, n° 200-17-008573-073, 21 décembre 2007 (ci-après « *Donald Brochu* »); *André Brochu c. Gestion Dalavi inc.*, (à suivre...)

C'est ainsi que dans la décision *Imasco*⁵⁷, la Cour supérieure accordait la rectification afin de modifier les conventions d'achat-vente. La société

(...suite)

C.S. Québec, n° 200-17-008572-075, 21 décembre 2007, j. Banford (ci-après « *André Brochu* »); *Services environnementaux AES inc. c. Agence des douanes et du revenu du Canada*, C.S. Montréal, n° 500-05-069012-019, 3 mars 2009 (ci-après « *Services AES* »); *Archambault, Riopel, Entreprise J.P.F. Riopel inc. c. Agence du Revenu du Canada et SMRQ*, C.S. Montréal, n° 500-17-037611-079, 12 avril 2010, j. Nantel (ci-après « *Entreprise J.P.F.* »).

⁵⁷ *Imasco Ltée*, par suite des fusions du 1^{er} février 2000, est maintenant sous la dénomination société d'Imperial Tobacco Canada Ltée, a interjeté appel devant la Cour du Québec des cotisations de Revenu Québec. Une des questions soulevées était de savoir si l'ordonnance de rectification rendue dans l'affaire *Imasco* en 2002 était opposable au ministère du Revenu bien qu'il n'ait pas été appelé de la procédure de rectification. C'est ainsi que la Cour du Québec a analysé les effets juridiques de la doctrine de rectification dans la décision *Imperial Tobacco Canada Ltée c. SMRQ*, [2006] R.D.F.Q. 294 (ci-après « *Imperial Tobacco* »). Toutefois, il convient de noter quelques erreurs du juge Barbe à l'égard de certaines décisions concernant la validité de cette doctrine. Dans la section « Validité et applicabilité de l'ordonnance de la Cour supérieure » (par. 92 et suiv. du jugement), le juge se réfère à la décision *B.E.A. Holdings C.A.* de la Cour d'appel du Québec afin de démontrer que la doctrine de rectification existe au Québec. Il mentionne ceci, au paragraphe 98 :

« Parlant ainsi, la Cour d'appel confirme que la rectification d'un écrit peut être ordonnée par un tribunal pour établir l'intention réelle des parties, notamment quand il s'agit d'un élément essentiel ayant déterminé le consentement des parties ou lorsque l'erreur porte sur cet élément essentiel du consentement. »

Imperial Tobacco Canada Ltée c. SMRQ, C.Q. Montréal, n° 500-80-00980-038, 21 août 2006, par. 98. Or, nous constaterons lors de l'analyse de cette décision que la Cour d'appel ne s'est pas prononcée sur ce point.

Par ailleurs, le juge Barbe cite également au paragraphe 106 l'arrêt *SMRQ c. Royer-Beauvais*, 1984 QCCA 201 (ci-après « *Royer-Beauvais* »), à propos duquel il mentionne que la « Cour d'appel du Québec devait se prononcer sur la validité d'une telle ordonnance de rectification en matière fiscale et quand au droit de Revenu Québec d'être appelé aux procédures de rectification ». Or, la Cour d'appel ne s'est pas prononcée sur le sujet et d'ailleurs elle n'avait pas à le faire. La Cour d'appel, dans l'arrêt *Royer-Beauvais*, énonçait comme suit à la page 206 les deux questions en litige :

« Il y a devant nous deux choses complètement distinctes et il ne faut pas les confondre. La première est de la compétence de la Cour supérieure quant à la division des biens de la succession entre tous les intimés, et la deuxième est de la compétence de la Cour provinciale concernant les droits successoraux en vertu de la *Loi sur les droits successoraux*. »

(à suivre...)

Imasco Ltée demandait que ces documents puissent être rectifiés afin de préciser que l'acheteur des actions a payé le prix de vente non par la remise des billets à ordre mais par un prêt consenti à la Société de détail Imasco inc., cela afin de permettre à d'obtenir la réduction du capital versé en vertu du sous-paragraphe 1138 1b) L.I.

Les décisions *Donald Brochu* et *André Brochu*⁵⁸ visaient une situation de gel successoral. Cette opération devait se faire de manière à maximiser l'utilisation du CDC. Toutefois, le solde du compte a été rétroactivement abaissé à la suite d'une vérification de l'ARC, d'où la possibilité que le montant excédentaire du dividende en capital initial fasse l'objet d'une cotisation. Puisque la preuve démontrait que la convention n'était pas conforme à l'intention des parties, à savoir que cette opération devait se faire sans incidence fiscale immédiate, le tribunal permit la modification rétroactive des documents relatifs aux actions de gel successoral.

Toutefois, après les propos du juge Dufresne dans l'affaire *B.E.A. Holdings C.S.*, aucune analyse des articles 20, 31, 33 et 46 C.p.c. n'a été faite afin de déterminer si ceux-ci, bien qu'ils émanent du droit procédural, accordaient le pouvoir de rectifier un contrat. Il faut déplorer que hormis la décision *Entreprise J.P.F.*, les jugements subséquents à la décision *B.E.A. Holdings C.S.* n'aient pas tenu compte des propos du juge Dufresne et à tout le moins essayé de s'en distinguer s'ils n'étaient pas d'accord avec ceux-ci.

Il y a deux décisions où l'existence de cette doctrine au Québec a été soulevée par les autorités fiscales. Il s'agit de *Service AES* et *Entreprise J.P.F.*⁵⁹ Dans la décision *Service AES*, la juge se réfère à deux autres décisions pour justifier le pouvoir de la Cour supérieure de rectifier un contrat⁶⁰. Elle permet ainsi la rectification des documents relatifs à un remaniement de capital puisque les documents afférents n'étaient pas

(...suite)

La Cour d'appel ne devait donc pas se prononcer sur la compétence de la Cour supérieure en matière de rectification mais plutôt sur la compétence de cette dernière de déterminer où était domiciliée la défunte en vertu de la *Loi sur les droits successoraux*, L.R.Q., c. D-13.2. Il n'y a aucune analyse dans ce jugement du pouvoir de la Cour supérieure à l'égard de la doctrine de rectification.

⁵⁸ *Donald Brochu*, précité, note 56; *André Brochu*, précité, note 56.

⁵⁹ *Services AES* et *Entreprise J.P.F.*, précité, note 56.

⁶⁰ *Imperial Tobacco*, précité, note 57 et *Donald Brochu*, précité, note 56.

conformes au PBR des actions. Notons que ce jugement est actuellement en appel devant la Cour d'appel du Québec.

Dans la décision *Entreprise J.P.F.*, le tribunal était saisi d'une requête pour rectification d'écrits dont notamment un contrat de vente. Les faits peuvent se résumer comme suit. M^{me} Archambault et M. Riopel détenaient respectivement 40 % et 60 % de Déchiquetage Mobile J.R. inc. (ci-après « Déchiquetage »). Les éléments d'actif de la société sont vendus à des tiers en juillet 2004, générant une augmentation du CDC. M. Riopel est également l'unique actionnaire de la société *Entreprise J.P.F. Riopel inc.* (ci-après « J.P.F. »).

Les deux sociétés devant fusionner sans impact fiscal, les deux actionnaires rencontrent un fiscaliste. Afin de mener à bien cette fusion, la planification prévoyait la vente le 30 octobre 2004 des 20 000 actions de catégorie « A », détenues par M^{me} Archambault, de Déchiquetage à J.P.F. pour un montant de 720 000 \$ payable par un billet de 335 000 \$ et l'émission de 385 000 actions de catégorie « C » de J.P.F. à un prix de rachat de 385 000 \$. La fusion de ces deux sociétés devait avoir lieu le 1^{er} novembre 2004. Le 4 novembre 2004, le billet devait être remboursé par J.P.F. (après fusion) et les actions de catégorie « C » de M^{me} Archambault devaient être rachetées par J.P.F.; le rachat devait générer un dividende réputé de 385 000 \$ à verser à même le CDC. Or, les statuts de fusion du 1^{er} novembre 2004 négligent de constater la vente au 30 octobre 2004 des actions de Déchiquetage détenues par M^{me} Archambault à J.P.F., si bien que la fusion précède la vente d'actions contrairement à la planification prévue.

En janvier 2007, M^{me} Archambault reçoit un avis de cotisation de l'ARC et de Revenu Québec faisant état d'un dividende réputé imposable de 335 000 \$. Afin de pallier cette situation, les requérants recherchent la rectification des écrits puisque ces derniers ne reflètent pas l'intention des parties lors des discussions qui devaient mener aux opérations envisagées. Les requérants ajoutent que puisqu'il s'agit d'un lapsus matériel dans la rédaction du contrat et de ses accessoires, la requête pour rectification est le recours approprié puisque l'erreur ne porte pas sur l'accord de volonté des parties, mais bien sur le contenu du contrat et ses accessoires.

Le tribunal, sous la plume de la juge Francine Nantel, s'est interrogé sur le pouvoir de la Cour supérieure de rectifier un contrat. Pour répondre à cette interrogation, le tribunal cite le passage du juge Dufresne dans la décision *B.E.A Holdings C.S.* que nous avons reproduit précédemment, qui mentionne que la Cour supérieure n'a pas ce pouvoir. La juge Nantel ajoute que la Cour supérieure a le pouvoir de corriger les erreurs matérielles mais qu'en

l'espèce, la rectification qui était demandée ne pouvait être qualifiée d'erreur matérielle. La demande en rectification des écrits fut donc refusée. Examinons maintenant quelle pourrait être la source de ce droit.

3.2. LE CODE CIVIL DU QUÉBEC ET LA DOCTRINE DE RECTIFICATION

Au Québec, le droit fiscal est un droit tributaire des rapports juridiques entre les personnes. Ces rapports sont régis par le *Code civil du Québec* et, dans les autres provinces, par la common law. À cet égard, nous reproduisons la disposition préliminaire du Code civil :

« Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec le Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.

Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger. »

Le Code civil prévoit la rectification pour certains types de documents mais aucun article de celui-ci ne prévoit expressément la rectification de contrat⁶¹. Les seules circonstances où un contrat peut être rectifié sont celles en vertu des règles de l'interprétation des contrats au Code civil et elles visent seulement l'erreur matérielle présente au contrat⁶². Cette

⁶¹ Huit articles du *Code civil du Québec* prévoient la rectification de documents. La première partie du Code civil qui contient de tels articles est le Livre premier qui traite des personnes. Le Code civil prévoit aux articles 40 et 41 la rectification de renseignements inexacts, incomplets ou équivoques d'un dossier qui concerne une personne. Les articles 98 et 100 C.c.Q. traitent du retour de l'absent et prévoient essentiellement la rectification du registre de l'état civil et la rectification des mentions ou inscriptions faites à la suite du jugement déclaratif de décès.

Dans le cadre de la modification du registre de l'état civil, l'article 141 C.c.Q. prévoit la rectification par le tribunal d'un acte de l'état civil ou de son insertion dans un registre. Par ailleurs, l'article 3002 C.c.Q. traite de la rectification d'une inscription sur le registre foncier tandis que l'article 3016 C.c.Q. porte sur la rectification par l'officier de la publicité des droits en matière foncière d'une erreur matérielle dans un des documents sous son contrôle. Enfin, l'article 3073 C.c.Q. prévoit notamment que l'exécution provisoire n'est pas admise lorsque le jugement porte sur la rectification d'une inscription au registre.

⁶² P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *op. cit.*, note 5, p. 289; les auteurs font le commentaire suivant sur le sujet :

intervention du tribunal s'explique probablement par le défaut de consentement des parties au contrat relativement à ces erreurs matérielles⁶³. Cette catégorie d'erreur peut être corrigée dans le cadre de l'interprétation du contrat en litige⁶⁴.

Puisque le *Code civil du Québec* ne possède aucune disposition qui prévoit la rectification de contrat, les juristes invoquent la doctrine de rectification développée par la common law. Ils demandent ainsi à la Cour supérieure de s'en servir en vertu du pouvoir inhérent qu'elle possède. Luc Huppé définit ce pouvoir de la façon suivante :

« On peut définir un pouvoir inhérent comme un pouvoir dont l'existence ne prend sa source dans aucune règle de droit formelle et dont seule la portée peut être encadrée par les règles de droit. L'existence de pouvoirs inhérents au sein des tribunaux tient à la nécessité de rendre effective la fonction qui

(...suite)

« L'erreur purement matérielle (erreur de calcul, erreur de désignation, erreur d'écriture) ne constitue pas une cause de nullité de l'engagement. Elle n'affecte pas, en effet, la volonté réelle des parties, mais seulement sa constatation matérielle. Les parties peuvent s'adresser au juge pour obtenir la correction de l'erreur. Il faut cependant bien distinguer la véritable erreur matérielle de celle qui touche à la volonté des parties et qui, elle, ne peut évidemment être réparée par le tribunal. »

Pour une discussion sur l'impact des erreurs matérielles en droit des contrats, voir Nicolas VERMEYS, « Le poids des virgules – Étude sur l'impact des erreurs matérielles en droit des contrats », Automne 2006 – Tome 66, *Revue du Barreau du Québec*, 291-332.

⁶³ Dans G. TRUDEL, *op. cit.*, note 22, p. 159, l'auteur mentionne que « toute erreur, par nature, est une imperfection du consentement ». Pour une définition de l'erreur matérielle, voir la décision *Potvin c. Gagnon*, [1967] B.R. 300.

⁶⁴ Dans G. TRUDEL, *op. cit.*, note 22, p. 175, l'auteur fait le commentaire suivant :

« Il est enfin bien d'autres erreurs possibles dans un contrat : matérielle, faute de calcul, mauvaise désignation, etc. Quand rien n'autorise l'annulation de l'acte, ni le rajustement du prix, les contractants ont-ils quelque recours en rectification de l'erreur? Il faut répondre : oui, s'ils y ont intérêt. Sans cette condition, aucune action n'est recevable. La jurisprudence contient bien peu d'arrêts en la matière : car il est rare que cet intérêt existe avant qu'une réclamation en justice ne soit formée par le contractant qui veut tirer avantage de l'erreur. Et la correction se demande plutôt par une défense. C'est nous reporter en somme au chapitre de l'interprétation des contrats. Toujours le tribunal cherchera l'intention des parties. Quand il l'aura trouvée, l'usage de mots ou de chiffres erronés n'y changera rien (41). Ainsi, une rectification implicite de l'erreur se fera par le jugement qui fait dorénavant la loi des parties. »

leur est attribuée, d'en permettre la réalisation. Elle se rattache à la nature même de la fonction judiciaire, à un point tel qu'un tribunal de droit commun perdrait son identité propre en étant privé d'un attribut aussi essentiel⁶⁵. »

L'auteur ajoute que ces pouvoirs inhérents trouvent application à chacune des trois phases du processus judiciaire qui sont :

« [...] au moment de l'émergence du litige, afin de permettre aux tribunaux de préserver l'accès à la fonction judiciaire; pendant la période où le tribunal est saisi du litige, afin de permettre au tribunal de contrôler le déroulement du processus par lequel il décide du litige, particulièrement dans le cadre des audiences; enfin, après que les jugements sont rendus, afin de permettre au tribunal d'en assurer le respect et l'exécution⁶⁶. »

À la lecture des propos de Luc Huppé, nous constatons que ces pouvoirs vont s'élaborer en fonction des situations qui sont soumises aux tribunaux. Certains de ces pouvoirs inhérents sont énoncés aux articles 20, 31, 33 et 46 C.p.c., mais ils ne visent, selon nous, que la procédure civile. À moins que ces articles n'ajoutent aux pouvoirs inhérents de la Cour supérieure, ils ne sont qu'une matérialisation d'une partie de ces pouvoirs. Ainsi, la Cour suprême du Canada précisait dans l'arrêt *Vachon c. Procureur général (Québec)*⁶⁷ que le pouvoir de contrôle et de surveillance n'avait pas été créé par l'article 33 C.p.c.

Nous constaterons plus loin les limites de ces pouvoirs inhérents de la Cour supérieure au Québec telles qu'elles ont été énoncées par la Cour suprême du Canada. Rappelons que la Cour supérieure s'appuyait sur les articles 20, 31, 33 et 46 C.p.c. pour ordonner la rectification⁶⁸. Pour l'instant, analysons si les articles cités par les tribunaux afin d'ordonner la rectification peuvent être source de droit substantiel.

⁶⁵ Luc HUPPÉ, *Le régime juridique du pouvoir judiciaire*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, p. 19.

⁶⁶ *Id.*, p. 20.

⁶⁷ [1979] 1 R.C.S. 555, 560. Voir également *Three Rivers Boatman Ltd. c. Conseil Canadien des Relations Ouvrières et autres*, [1969] R.C.S. 607, 618 (ci-après « *Three Rivers Boatman* »).

⁶⁸ *Imasco*, précité, note 56; *Donald Brochu*, précité, note 56; *André Brochu*, précité, note 56; *Services AES*, précité, note 56.

3.3. LE CODE DE PROCÉDURE CIVILE ET LA DOCTRINE DE RECTIFICATION

Avant de commencer l'étude des articles du *Code de procédure civile* mentionnés précédemment relativement à la doctrine de rectification, il y a lieu de souligner que, selon nous, cette doctrine relève du droit substantiel par opposition au droit procédurier. Le professeur Reid définit le droit substantiel comme suit : « Droit substantiel : Ensemble des règles de fond qui régissent un domaine particulier du droit (par opposition aux règles de procédure) »⁶⁹.

Dans le cadre du pouvoir de rectification, il n'y a pas lieu de s'attarder à l'article 20 C.p.c. du moment qu'il ne fait aucun doute que cet article ne vise qu'à créer un moyen procédural puisqu'on y parle de « moyens d'exercer un droit »⁷⁰.

Qu'en est-il de l'article 31 C.p.c.? Ce dernier se lit comme suit : « La Cour supérieure est le tribunal de droit commun; elle connaît en première

⁶⁹ Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 207; l'auteur mentionne ceci : « On emploie souvent, à tort, les mots "droit substantif" qui sont une traduction littérale de "substantive law" ». Dans le *Black's Law Dictionary*, 9^e éd., St-Paul, Minn., West Publishing Co., 2009, p. 1567, on trouve la définition suivante : « substantive law. The part of the law that creates, defines, and regulates the rights, duties, and power of parties. Cf PROCEDURAL LAW. "So far as the administration of justice is concerned with the application of remedies to violated rights, we may say that the substantive law defines the remedy and the rights, while the law of procedure defines the modes and conditions of the application of the one to the other." John Salmond, *Jurisprudence* 476 (Glanville L. Williams ed., 10th ed. 1947). »

⁷⁰ L'article 20 C.p.c. se lit comme suit : « Si le moyen d'exercer un droit n'a pas été prévu par ce code, on peut y suppléer par toute procédure non incompatible avec les règles qu'il contient ou avec quelque autre disposition de la loi ». Dans Denis FERLAND et Benoit EMERY, *Précis de procédure civile du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 20, voici comment s'expriment les auteurs sur cet article :

« La jurisprudence a rappelé à maintes reprises que cette règle n'est pas d'application illimitée. En effet, si cette règle permet de créer un **moyen procédural sui generis** ou inconnu d'exercer un droit existant, elle ne crée pas de droits nouveaux. L'applicabilité de cette règle est liée à l'inexistence d'un moyen prévu au *Code de procédure civile* et la création d'un moyen procédural *sui generis* est liée à la compatibilité de ce nouveau moyen procédural avec les règles du *Code de procédure civile* ou avec quelque autre disposition de la loi. ».

instance de toute demande qu'une disposition formelle de la loi n'a pas attribuée exclusivement à un autre tribunal ».

Est-il créateur de droit substantiel? Il est intéressant d'en faire l'historique afin de déterminer l'intention du législateur. Lorsque les commissaires ont écrit le Code de procédure civile du Bas-Canada, il se lisait comme suit : « 28. La Cour Supérieure connaît en première instance de toute demande ou action qui n'est pas exclusivement de la juridiction de la Cour de Circuit, ou de l'Amirauté »⁷¹.

À la lecture de cet article, nous constatons qu'il prévoyait la juridiction de la Cour supérieure en regard des autres tribunaux. Avant la réforme de 1965, cet article était toujours au même effet, le législateur y ayant effectué certaines modifications afin d'y apporter des précisions relativement à sa juridiction. Il se lisait comme suit :

« 48. La Cour supérieure connaît en première instance de toute demande ou action qui n'est pas exclusivement de la juridiction de la Cour de magistrat ou de la cour d'échiquier du Canada, et spécialement de toute demande ou action pour pension alimentaire, sauf les juridictions particulières des cours municipales, de la Cour des commissaires et du tribunal des juges de paix. »

En 1962, le rapport préliminaire des commissaires chargés de la révision du *Code de procédure civile* proposait le texte suivant : « 48. La Cour supérieure est le tribunal de droit commun; elle connaît en première instance de toute demande qu'une disposition formelle de la loi n'a pas réservée à un autre tribunal ».

Les commissaires faisaient le commentaire suivant : « Explication : Le texte suggéré reproduit, en le simplifiant, l'article 48 C.P. »⁷².

Le projet rapport des commissaires en 1964 reprenait textuellement le texte de l'article 48 C.p.c. Le seul changement, outre le remplacement du mot « réservé » par « attribué », était la numérotation puisque ce texte se retrouverait désormais à l'article 31 C.p.c.⁷³ À la lecture des textes

⁷¹ D'après le rôle déposé dans le bureau du greffier du Conseil législatif, tel que prescrit par l'acte 29-30 Vict., c. 25, 1866, Ottawa, Malcolm Cameron, 1867.

⁷² *Rapport préliminaire des commissaires à la révision du Code de procédure civile*, 15 mars 1962.

⁷³ *Code de procédure civile*, Projet rapport des commissaires, Québec, Imprimeur de la Reine Rock Lefebvre, 1964.

précédents, nous sommes d'avis que cet article n'est pas créateur de droit substantiel puisqu'il n'établit que la juridiction de la Cour supérieure.

La Cour suprême du Canada a déjà examiné la nature des pouvoirs prévus à l'article 31 C.p.c.⁷⁴ Selon la Cour, l'article 31 C.p.c. permet d'exercer un droit devant la Cour supérieure s'il n'a pas été attribué à un autre tribunal, mais ne serait pas créateur de droit. Selon nous, la Cour suprême du Canada exige qu'un droit existe afin qu'une personne puisse présenter son recours à la Cour supérieure. Le recours à l'article 31 C.p.c. serait donc tributaire de l'existence du droit à exercer. Le pouvoir de rectifier un contrat n'étant pas prévu au *Code civil du Québec*, le juge ne peut se l'attribuer en vertu de l'article 31 C.p.c. Examinons maintenant l'article 33 C.p.c., lequel se lit comme suit :

« 33. À l'exception de la Cour d'appel, les tribunaux relevant de la compétence de la Législature du Québec, ainsi que les corps politiques, les personnes morales de droit public ou de droit privé au Québec, sont soumis au droit de surveillance et de réforme de la Cour supérieure, en la manière et dans la forme prescrites par la loi, sauf dans les matières que la loi déclare être du ressort exclusif de ces tribunaux, ou de l'un quelconque de ceux-ci, et sauf dans les cas où la juridiction découlant du présent article est exclue par quelque disposition d'une loi générale ou particulière. »

Cet article n'existait pas lors de l'entrée en vigueur du premier *Code de procédure civile* le 28 juin 1867. Il fut ajouté en 1897. Voici le texte original :

« 50. À l'exception de la cour du banc de la reine, tous les tribunaux, juges de circuit, magistrats et autres personnes, corps politiques et corporations dans la province, sont soumis au droit de surveillance et de réforme, aux ordres et au contrôle de la cour supérieure et de ses juges, en la manière et forme que prescrit la loi. »

Ce pouvoir de surveillance et de contrôle s'exerce sur la légalité des décisions des tribunaux et organismes mentionnés à l'article 33 C.p.c.⁷⁵

⁷⁴ *Three Rivers Boatman*, précité, note 67, 618.

⁷⁵ D. FERLAND et B. EMERY, *op. cit.*, note 70, pp. 83-84 :

« Le pouvoir de surveillance et de contrôle est exercé sur la légalité des décisions des tribunaux inférieurs provinciaux, des personnes morales de droit public ou de droit privé et des corps politiques au Québec, soit par la voie de l'action directe ou en nullité ... » S'exprimant sur ce pouvoir, ils ajoutent : « Cette contestation judiciaire peut avoir pour objet la légalité d'actes judiciaires, quasi judiciaires ou administratifs, et elle vise (à suivre...)

Aucune illégalité n'étant évoquée pour justifier les demandes de rectification de contrat, rien ne justifie l'exercice du pouvoir de contrôle et de surveillance.

Il reste maintenant à examiner l'article 46 C.p.c. Il se lit comme suit :

« Les tribunaux et les juges ont tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leur compétence.

Ils peuvent, en tout temps et en toutes matières, tant en première instance qu'en appel, prononcer des ordonnances de sauvegarde des droits des parties, pour le temps et aux conditions qu'ils déterminent. De plus, ils peuvent, dans les affaires dont ils sont saisis, prononcer, même d'office, des injonctions ou des réprimandes, supprimer des écrits ou les déclarer calomnieux, et rendre toutes les ordonnances appropriées pour pourvoir aux cas où la loi n'a pas prévu de remède spécifique. »

Le premier alinéa de cet article a été ajouté en 1965 lors de la réforme du *Code de procédure civile*. Toutefois, ni dans le rapport préliminaire sur la réforme de 1962, ni dans le projet rapport des commissaires de 1964 avons-nous retrouvé la raison de cette introduction en 1965. Cet ajout nous apparaît être la concrétisation de l'article 57 de la *Loi d'interprétation*⁷⁶, qui prévoit ceci : « L'autorisation de faire une chose comporte tous les pouvoirs nécessaires à cette fin »⁷⁷. C'est ainsi que nous pouvons conclure qu'en l'absence de cet alinéa, la Cour supérieure aurait pu justifier sa capacité d'intervention en s'autorisant de l'article 57 de la *Loi d'interprétation*⁷⁸.

(...suite)

essentiellement l'examen de la légalité et non de l'opportunité de ces décisions, en faisant intervenir une « conscience judiciaire indignée. »

⁷⁶ L.R.Q., c. I-16 et mod.

⁷⁷ Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 100. Le professeur Côté fait le commentaire suivant concernant cet article :

« Le principe des pouvoirs accessoires ou complémentaires (appelés aussi "ancillaires") est énoncé à l'article 57 de la loi québécoise et à l'article 31 (2) de la loi canadienne : une disposition qui confère un pouvoir est censée conférer également à titre accessoire l'autorité de faire les choses nécessaires à l'exercice du pouvoir conféré. »

⁷⁸ *Id.*, p. 41; voyons le commentaire du professeur Côté à l'égard des lois d'interprétation :

« Comme l'indique le titre de la *Loi d'interprétation* de 1849, ces lois [*Loi d'interprétation* canadienne et la *Loi d'interprétation* québécoise] ont pour
(à suivre...)

Par ailleurs, l'article 46 (alors l'article 20) lors de la réforme du *Code de procédure civile* en 1897, et en 1866 lorsqu'il a été introduit (alors l'article 9) se lisait comme suit :

« 20. Les tribunaux et les juges peuvent, suivant les circonstances, dans les causes dont ils sont saisis, prononcer, même d'office, des injonctions ou des réprimandes, supprimer des écrits ou les déclarer calomnieux. »

« 9. Les tribunaux, suivant les circonstances, peuvent dans les causes dont ils sont saisis, prononcer, même d'office, des injonctions ou des réprimandes, supprimer des écrits ou les déclarer calomnieux. »

Or, la source de cet article pour les commissaires de l'époque lors de la rédaction du *Code de procédure civile* était l'article 1036 du Code de procédure civile de France⁷⁹.

À la lecture de ce qui précède, peut-on créer une règle de droit substantiel en vertu de l'article 46 C.p.c.? Cet article crée un pouvoir en matière procédurale qui ne permet pas de créer une règle de droit substantiel. À cet égard, les auteurs Ferland et Émery, se prononçant sur l'article 46 C.p.c., écrivent ceci :

« Ces pouvoirs inhérents ne sont toutefois pas sans limites quant à leur exercice. La règle de la suprématie de la loi continue de prévaloir, de sorte que ces pouvoirs inhérents des tribunaux et des juges ne peuvent être exercés aux fins de mettre de côté le droit applicable, de créer des droits nouveaux ou de refuser de rendre jugement selon la loi⁸⁰. »

(...suite)

objectif la précision dans la formulation et l'interprétation des textes législatifs. En définissant des concepts, en précisant des règles, on espère éviter des litiges. La concision des textes législatifs se présente aussi comme un objectif important : en édictant des règles générales applicables, sauf mention contraire, on veut former un droit commun de la législation susceptible d'alléger les textes. Le législateur veut aussi, par ces lois, influencer sur les techniques d'interprétation : il consacre certaines règles jurisprudentielles comme la *Mischief Rule* et en écarte d'autres. »

⁷⁹ Jean-Guillaume LOCRÉ DE ROISSY, *Esprit du Code de procédure civile*, t. IV, Paris, F. Didot, 1816, p. 15 : « 1036. Les tribunaux, suivant la gravité des circonstances, pourront, dans les causes dont ils seront saisis, prononcer, même d'office, des injonctions, supprimer des écrits, les déclarer calomnieux, et ordonner l'impression et l'affiche de leurs jugements. »

⁸⁰ D. FERLAND et B. EMERY, *op. cit.*, note 70, p. 103.

À ce stade-ci, il est utile de reproduire le commentaire suivant des commissaires qui ont procédé à la codification du *Code de procédure civile* :

« La législature provinciale marchant dans la voie tracée, a voulu que le Code civil fut accompagné d'un code de procédure, afin d'en assurer uniformément l'exécution, et elle a voulu que ces deux codes fussent rédigés sur le même plan général, et continssent, autant que cela pourrait se faire convenablement, la même somme de détails sur chaque sujet, que les codes français⁸¹. »

Selon les commissaires, le *Code de procédure civile* vise à assurer l'exécution du *Code civil du Québec*. Il ne permet donc pas de créer une règle de droit substantiel, la législature québécoise ayant occupé ce champ de compétence par l'introduction du Code civil et autrefois du *Code civil du Bas-Canada*. C'est ainsi que dans la province de Québec, la procédure civile ne vise que l'exécution du Code civil, mais ne permet pas aux tribunaux d'être créateurs de droit en matière civile comme le mentionne la Cour suprême du Canada dans la décision *Lac d'amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*⁸²

3.4. LES POUVOIRS INHÉRENTS DE LA COUR SUPÉRIEURE ET LA DOCTRINE DE RECTIFICATION

Dans l'affaire *Lac d'amiante du Québec*, la Cour suprême du Canada est venue baliser les pouvoirs inhérents de la Cour supérieure en matière de procédure civile dans cette décision. Elle mentionne que le *Code de procédure civile* est un code complet et qu'on ne peut recourir à la common law au-delà de ce qui a été codifié, la législature québécoise n'ayant pas laissé aux tribunaux la même liberté que dans les législatures des autres provinces. Par ailleurs, elle ajoute que la procédure civile doit respecter les principes généraux que l'on retrouve au *Code civil du Québec*. La Cour suprême mentionne que les tribunaux québécois, dans l'application de la procédure, voient leur pouvoir créateur encadré par le Code civil. Ils sont donc tributaires du Code civil et doivent donc respecter la volonté du législateur. Si les pouvoirs inhérents de la Cour supérieure sont encadrés au Québec par le *Code civil du Québec* en matière de procédure civile, *a fortiori*, nous sommes d'avis qu'ils le sont

⁸¹ *Code de procédure civile du Bas-Canada*, Huitième rapport des Commissaires chargés de codifier les lois du Bas-Canada en matières civiles.

⁸² [2001] 2 R.C.S. 763 (ci-après « *Lac d'amiante du Québec* »).

en matière de droit substantiel. Or, nous avons constaté que le législateur a prévu le pouvoir de rectification en certaines matières mais il n'a pas introduit la rectification en matière de contrat. Permettre la rectification de contrat irait à l'encontre de l'intention du législateur. La division des pouvoirs législatif et judiciaire selon la *Loi constitutionnelle de 1867*⁸³ nous permet également d'appuyer notre propos⁸⁴. La doctrine accorde une primauté au pouvoir législatif. Les auteurs Brun et Tremblay s'expriment comme suit sur le sujet :

« La séparation des pouvoirs est également un principe relatif. Il n'y a pas de séparation absolue entre les pouvoirs législatif et exécutif d'une part, et le pouvoir judiciaire d'autre part. Les tribunaux existent généralement en vertu de lois adoptées par le parlement, et l'ensemble des règles de droit qui les régissent se retrouve également dans des lois du parlement. En ce sens la séparation des pouvoirs est un principe secondaire par rapport à celui de la suprématie législative. Leurs membres, les juges, sont d'autre part nommés par le gouvernement ; soit en vertu de la loi, soit même parfois en vertu de la Constitution (voir l'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867), ce qui exprime de manière particulièrement forte le caractère du principe⁸⁵. »

Le législateur québécois ayant légiféré en matière de contrat dans le *Code civil du Québec* conformément à la *Loi constitutionnelle de 1867*, la suprématie législative exige, selon nous, que la Cour supérieure respecte le champ de compétence de l'Assemblée nationale du Québec sur ce sujet⁸⁶. Par ailleurs,

⁸³ (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3.

⁸⁴ L. HUPPÉ, *op. cit.*, note 65, p. 72 :

« Le tribunal ne peut donc intervenir dans les politiques législatives que pour assurer l'observation de la Constitution. Bien qu'il exerce sans conteste un rôle créateur dans l'interprétation et l'application de la loi, le tribunal ne peut pas, même dans certains domaines comme le droit fiscal [Canderel Ltée c. Canada, [1998] 1 R.C.S 147, 168], combler le silence des dispositions législatives. Au surplus, à l'exception des décisions rendues dans le cadre de renvois, les tribunaux ne peuvent exercer leur pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois avant leur adoption. »

⁸⁵ Henri BRUN, Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 772.

⁸⁶ *Id.*, p. 474; les auteurs Brun et Tremblay exposent la compétence du Québec en matière de droit privé :

« Le droit privé au Canada est en principe de compétence provinciale en vertu du paragraphe 92(13) de la Loi de 1867. L'expression qui y est employée ("Property and Civil Rights") est la même qui avait servi dans l'article VIII de l'Acte de Québec de 1774 pour préserver le système de droit d'origine et d'inspiration française au Québec. Par cette expression, le
(à suivre...)

prétendre que la doctrine de rectification à l'égard des contrats n'est que procédurale est incorrect puisque le législateur a traité des contrats dans le Code civil. Par ailleurs, même si certains demeuraient convaincus qu'il s'agit d'un recours procédural, il faut reconnaître que ce recours a été écarté par le législateur à l'égard des contrats comme nous l'avons constaté précédemment alors qu'il l'a prévu dans d'autres domaines, telle la correction d'erreurs matérielles dans certains documents⁸⁷. Dans les faits, il a balisé tout le champ des contrats. Si certains juristes sont d'avis qu'il y a des modifications à y apporter, il revient au législateur de le faire et non aux tribunaux qui, au Québec, doivent appliquer et interpréter le Code civil en matière de droit privé. Comme le mentionnent les auteurs Baudouin et Renaud relativement à l'autorité de la jurisprudence en matière de droit civil :

« L'autorité de fait de la jurisprudence n'est pas la même dans un pays de droit civil que dans un pays de common law. En droit français ou québécois, le texte de loi est considéré comme la source formelle des règles de droit civil, la jurisprudence comme une simple illustration, alors qu'au contraire, dans la tradition des pays anglo-saxons, on accorde un rôle beaucoup plus important, à cette dernière, pour des raisons principalement historiques. Dans ces pays, la "théorie du précédent" (stare decisis) consacre l'autorité et la force obligatoire de la jurisprudence⁸⁸. » (Notre soulignement)

Enfin, soulignons qu'en 1982, la Cour suprême du Canada, dans la décision *Rubis c. Gray Rocks Inn Ltd.*⁸⁹, a ramené à l'ordre, si l'on peut s'exprimer ainsi, ceux qui avaient tendance à puiser des règles de droit en

(...suite)

législateur impérial visait en fait ce qu'on désigne maintenant par "droit privé", c'est-à-dire le droit relatif aux rapports interpersonnels. Voir *Citizens Insurance Co. c. Parsons*, (1881) 7 A.C. 96. L'expression "droits civils" ("*Civil Rights*") ne correspond pas à ce qu'on appelle les "libertés fondamentales" ou libertés publiques. Voir *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226, 234-235.

Le paragraphe 92(13) inclut globalement, d'abord et avant tout, ce qui est considéré comme du droit civil au Québec et qui est traditionnellement inclus dans le Code civil. Dans les autres provinces, les matières correspondantes qui participent du système de common law sont aussi de compétence provinciale. »

⁸⁷ À ce sujet, voir les articles du *Code civil du Québec* que nous avons mentionnés au début de la section sur la rectification.

⁸⁸ *Code civil du Québec*, sous la direction de Baudouin et Renaud, Wilson & Lafleur Ltée, Montréal, p. XX.

⁸⁹ [1982] 1 R.C.S. 452, 469.

common law afin de les appliquer en droit civil. Selon la Cour, le droit civil est un système complet qui doit s'interpréter selon ses propres règles.

CONCLUSION

Dans le cadre de notre étude, nous avons constaté que les tribunaux n'ont pas encore établi clairement les paramètres à l'égard desquels l'annulation pour cause d'erreur devait être accordée lorsque les conséquences fiscales ne sont pas celles qui avaient été envisagées par une des parties. Dans cette situation, la doctrine et la jurisprudence françaises exigent une stipulation expresse pour prononcer l'annulation. Afin d'assurer une stabilité contractuelle, il y aurait lieu que les tribunaux québécois exigent une telle clause au contrat afin d'ériger en élément essentiel les conséquences fiscales envisagées par les parties.

Enfin, la Cour d'appel du Québec, dans la décision *Services AES*, aura prochainement l'occasion de se prononcer sur la doctrine de rectification. Il serait nécessaire que cette cour explique de façon très précise les motifs qui militent en fonction de la présence ou non de cette doctrine au Québec. Nous nous permettons d'espérer qu'elle saura préserver la tradition civiliste qui consiste à assurer la primauté du texte de loi sur la jurisprudence.

TRAITEMENT FISCAL DES GAINS ET PERTES ISSUS D'UN CONTRAT DE CHANGE À TERME

CATHERINE GIROUX, CA, LL.M. FISC.
PRICEWATERHOUSECOOPERS S.R.L./S.E.N.C.R.L.

PRÉCIS

Le traitement fiscal des gains et pertes sur change provenant de contrats de change à terme n'est pas prévu expressément dans la loi, mais il résulte plutôt de positions administratives et de jugements rendus par les tribunaux canadiens. Étant donné l'utilisation de plus en plus répandue de ces produits dérivés, le présent texte porte sur la qualification, au titre du revenu ou au titre du capital, des gains et pertes sur change réalisés sur ces instruments financiers. Ce texte analyse les différences de qualification des effets de change lorsque le contrat de change à terme est utilisé comme instrument de couverture ou à des fins purement spéculatives. Une revue de la jurisprudence est effectuée afin de présenter les positions établies par les tribunaux sur ces opérations. Finalement, le moment de réalisation des effets de change est approfondi étant donné les conséquences fiscales importantes qui peuvent résulter de ces opérations pour les contribuables.

ABSTRACT

The tax treatment of foreign exchange gains or losses arising from forward exchange contracts is not expressly provided by statutes but results from administrative positions and Canadian cases law. Due to the widespread use of the forward exchange contracts, this article examines the tax characterization of realized foreign exchange gains or losses on income or capital account. This article analyzes the difference in the characterization of forward exchange contracts used for the purposes of hedging versus speculative purposes. A review of the relevant cases is done to highlight the positions established by the Court on these operations. Finally, the timing of realization is discussed due to the important tax consequences of these transactions for taxpayers.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	79
1. CONTRATS DE CHANGE À TERME	79
1.1. DESCRIPTION	79
1.2. DISTINCTION ENTRE COUVERTURE ET SPÉCULATION	80
1.3. TRAITEMENT FISCAL DES CONTRATS DE CHANGE À TERME.....	84
1.4. GÉNÉRALITÉS SUR LES GAINS ET PERTES SUR CHANGE	85
2. CONTRAT DE CHANGE À TERME COMME INSTRUMENT DE COUVERTURE	87
2.1. CARACTÈRE FISCAL	87
2.2. EXISTENCE D'UNE COUVERTURE	89
2.2.1. Liquidation des contrats à terme avant l'échéance	92
2.2.2. Couverture continue ou intermittente	93
2.3. LIEN SUFFISANT?	93
2.3.1. Concordance parfaite des montants nécessaire?.....	98
2.4. REVUE DES DÉCISIONS DES TRIBUNAUX.....	100
2.4.1. Article 20.3 L.I.R. édicté à la suite de l'arrêt <i>Shell</i>	102
3. CONTRAT DE CHANGE À TERME COMME INSTRUMENT DE SPÉCULATION	102
3.1. RÈGLE GÉNÉRALE	102
3.2. NOTION DE SPÉCULATEUR	103
3.3. ANALYSE DES DÉCISIONS DES TRIBUNAUX	104
4. MOMENT DE RÉALISATION DES GAINS ET PERTES SUR CHANGE	112
4.1. REVENU DE NATURE COURANTE	113
4.2. REVENU DE NATURE CAPITAL	117
CONCLUSION	117
ANNEXE – RÉSUMÉ DES IMPACTS FISCAUX	119

INTRODUCTION*

Dans le contexte de la mondialisation des marchés et des accords commerciaux de libre-échange entre les pays, les sociétés canadiennes sont de plus en plus présentes sur la scène internationale. La facilité de négocier par Internet ainsi que l'accroissement des connaissances dans les domaines boursier et financier rendent les divers instruments financiers plus accessibles pour un grand nombre de personnes. En effet, les spéculations boursières, la récente fluctuation du dollar canadien, la complexité des marchés financiers ainsi que leur volatilité ont fait en sorte que les contrats à terme, plus particulièrement ceux portant sur les devises, ont été très utilisés. Par conséquent, les contribuables canadiens qui tentent de prévoir les variations des devises sur le marché pour en tirer un profit sont autant exposés à ces fluctuations que ceux qui essaient de diminuer le risque sur leurs opérations effectuées en monnaie étrangère. Ces produits dérivés sont recherchés pour la grande diversité de stratégies qu'ils permettent de mettre en œuvre. En effet, ils sont très utiles en ce qui a trait à la spéculation ou à la gestion des risques financiers, notamment pour couvrir les risques sur les taux de change ou sur les taux d'intérêt. Dans ce texte, nous avons donc pour objectif de présenter le traitement fiscal des gains et pertes sur change provenant de contrats de change à terme en effectuant une revue des positions administratives et de la jurisprudence.

1. CONTRATS DE CHANGE À TERME

1.1. DESCRIPTION

Un contrat à terme est défini comme une entente dans laquelle un investisseur s'engage à acheter (ou vendre) un certain bien à un prix préétabli et à une date future prédéfinie contre l'engagement de l'autre partie de s'exécuter¹. Bien que les contrats à terme puissent porter sur n'importe

* Le présent texte est basé sur l'essai que l'auteure a déposé en octobre 2008 dans le cadre du programme de la maîtrise en droit, option fiscalité, offert conjointement par HEC Montréal et l'Université de Montréal. L'auteure est récipiendaire de la bourse APFF décernée chaque année pour le meilleur travail de recherche soumis dans le cadre de ce programme.

L'auteure profite de cette occasion pour remercier M^{me} Suzanne Landry, de HEC Montréal, de ses précieux commentaires formulés au cours de la rédaction.

¹ David G. BROADHURST, « Income Tax Treatment of Foreign Exchange Forward Contracts, Swaps and Other Hedging Transactions », dans *1989 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1990, pp. 26:1-32, à la page 26:2.

quel élément d'actif, ce texte se concentrera sur ceux qui portent sur les devises, c'est-à-dire les contrats de change à terme. Il existe deux catégories de contrats à terme, soit les contrats à terme négociables en Bourse (*futures*) et les contrats à terme hors Bourse (*forward*). La principale distinction entre ces deux catégories réside dans le fait que les contrats *futures* peuvent être considérés comme spéculatifs puisque ce sont des contrats standardisés et qu'ils sont négociés sur des marchés organisés, ce qui permet aux propriétaires d'en disposer à tout moment. Les contrats *forward* sont faits sur mesure pour les clients et sont souvent négociés avec une institution financière. D'ailleurs, il est important de noter que ce type de contrat permet d'offrir une couverture parfaite contre le risque, puisqu'il est fait sur mesure pour l'investisseur en fonction de ses besoins.

1.2. DISTINCTION ENTRE COUVERTURE ET SPÉCULATION

Le traitement fiscal des contrats de change à terme variera en fonction du but pour lequel celui-ci a été acquis, soit à des fins de couverture, soit à des fins de spéculation. Toutefois, les concepts de couverture et de spéculation ne sont pas définis dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*². Une définition d'une « opération de couverture »³ a été ajoutée aux fins de l'article 20.3 L.I.R., mais elle ne vise que les situations où un contribuable a recours à un emprunt en devises faibles⁴. Cependant, ces notions demeurent ambiguës et laissent place à interprétation puisqu'il n'existe aucune autre règle fiscale pour déterminer si une opération se qualifie d'opération de couverture ou d'opération spéculative.

Dans le domaine financier, le principe fondamental de la couverture à l'aide des contrats à terme consiste à adopter une position sur le marché qui

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

³ « **opération de couverture** » En ce qui concerne la dette d'un contribuable qui est une dette en devise faible à un moment quelconque, convention conclue par le contribuable et qui répond aux conditions suivantes :

- a) il est raisonnable de considérer que le contribuable l'a conclue principalement en vue de réduire le risque que présentent pour lui, en ce qui concerne les paiements de principal et d'intérêts sur la dette, les fluctuations de la valeur de la devise faible;
- b) le contribuable indique qu'il s'agit d'une opération de couverture relative à la dette dans un formulaire prescrit présenté au ministre au plus tard le trentième jour suivant le jour où il conclut la convention. »

⁴ Pour plus de détails sur cette notion, voir la section 2.4.1. ci-dessous.

est contraire à celle que l'investisseur détient déjà, tout en renonçant à une possibilité de réaliser un gain⁵. L'opération de couverture permet ainsi au contribuable de se protéger contre les fluctuations de prix, de taux d'intérêt ou de devises. Inversement, une opération spéculative permet à l'investisseur d'utiliser les produits dérivés pour accentuer son exposition au risque dans le but de maximiser son profit ou son taux de rendement, en fonction de ses prévisions. Par contre, si ses prévisions ne sont pas exactes, il prend le risque d'augmenter ses pertes.

L'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») n'a pas publié d'indications sur la façon d'identifier la nature spéculative d'une opération, mais elle a tout de même affirmé en 1999 qu'il s'agissait d'une question de fait⁶. La position de l'ARC n'étant pas très récente, ni adaptée aux nouveaux instruments financiers, il demeure difficile d'établir la nature d'une opération. Il faut donc se tourner vers la jurisprudence pour comprendre la distinction entre une opération spéculative et une opération de couverture. Dans certaines industries particulières, les tribunaux ont souvent qualifié les opérations comme des opérations de couverture et non spéculatives, en se basant sur la nature des marchandises et la pratique courante dans le domaine. En effet, dans l'industrie des ressources, de nombreuses causes ont été entendues⁷ et les juges ont souvent considéré les opérations à terme comme des opérations de couverture. Dans l'affaire *Atlantic Sugar Refineries Ltd. c. MRN*⁸, le contribuable exploitait une entreprise qui consistait à acheter du sucre, à le raffiner et à le revendre. L'entreprise ne vendait pas de sucre brut, mais à deux reprises elle a conclu des contrats à terme sur la vente de sucre brut à la suite de l'augmentation du prix de ce produit. La question en litige portait sur la nature du profit généré par ces contrats à terme : spéculatif ou réalisé dans le cours normal de l'entreprise. Le juge Locke de la Cour suprême du Canada a fait le commentaire suivant dans cet arrêt : « In trades where natural products are purchased in large quantities, hedging is a common, and in some cases, a necessary practice⁹. »

⁵ Faouzi RASSI, *Gestion financière à long terme : investissements et financement*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2007, p. 496.

⁶ CRA Views, dans *Taxnet pro* (en ligne : www.taxnetpro.com), interprétation technique 9927117, « Hedging, resource allowance », 22 décembre 1999.

⁷ Voir notamment les affaires *Echo Bay Mines Ltd. c. Canada*, [1992] 2 C.T.C. 182 (C.F. 1^{re} inst.) (ci-après « *Echo Bay Mines* »); *Inco Ltd. c. Ontario (ministre des Finances)*, (2002) Carswell Ontario 2685 (C.S. Ont.); *Cie minière Lamaque c. Québec (sous-ministre de l'Énergie et des Ressources)*, (1993) Carswell Québec 243 (C.A.).

⁸ [1949] C.T.C. 196 (C.S.C.) (ci-après « *Atlantic Sugar Refineries* »).

⁹ *Id.*, par. 12.

Ainsi, nous constatons que, dans certaines industries, l'exécution des opérations à terme sur marchandises est pratique courante et que ces opérations sont généralement considérées comme une couverture, étant donné la nécessité de procéder ainsi dans ces domaines. Ces propos ont été repris en 1957 par le juge Fisher de la Commission d'appel de l'impôt dans l'affaire *Dominion Steel and Coal Corp. Ltd. c. MRN*¹⁰ pour conclure que le fait de négocier en devises étrangères pouvait être considéré comme une pratique courante nécessaire dans le cours normal des affaires :

« I am of the opinion that this principle could be applied to the circumstances of the present appeal, where the appellant is carrying on business through sales in foreign countries, receiving payment therefor in foreign currencies while engaging in a trade where transactions in futures in that foreign currency are a common, and indeed a necessary, practice in the ordinary course of carrying on the business of the company. In fact, the evidence of the appellant's secretary-treasurer, as already indicated, was that it has since become normal practice to deal in these futures in foreign exchange in order to protect the company's position¹¹. »

Dans cette affaire, le contribuable canadien œuvrait dans le domaine de l'acier et du charbon. Un grand nombre de commandes avait été passé par des clients de Grande-Bretagne et il avait été convenu que ceux-ci effectueraient leurs paiements en livres sterling. La société redoutait de subir une perte si cette devise se dépréciait entre le moment où les commandes avaient été passées et le paiement. Le contribuable a donc conclu des contrats de vente à terme sur la livre sterling pour des montants correspondant aux montants des comptes clients. Une grève déclenchée par les employés du contribuable a causé du retard dans la livraison, ce qui l'a poussé à liquider ses contrats à terme avant échéance, lui permettant ainsi de réaliser un gain. Le juge Fisher a conclu que les contrats de change à terme pouvaient être considérés comme des instruments de couverture dans un contexte où l'entreprise doit négocier en devises étrangères dans le cours normal des activités.

En ce qui a trait aux contrats à terme concernant des ressources, le ministère du Revenu national a affirmé en 1993 qu'il adoptait la position de la Cour fédérale dans la décision *Echo Bay Mines*¹² rendue en 1992 (exposée à la section 2.2. ci-dessous), à savoir que les compagnies qui utiliseraient de tels produits dérivés pour couvrir leur propre production ne seraient pas

¹⁰ 57 D.T.C. 147 (C.A.I.) (ci-après « *Dominion Steel and Coal* »).

¹¹ *Id.*, par. 9.

¹² Précité, note 7.

réputées effectuer des opérations spéculatives¹³. Il précise néanmoins qu'étant donné que chaque situation est différente, il faut considérer les faits propres à chacune. Il ajoute également que les facteurs déterminants qui doivent être examinés sont plutôt l'intention de l'entreprise et sa capacité de production au moment où le contrat à terme est signé¹⁴. Cependant, le Ministère a affirmé qu'on ne pouvait pas automatiquement conclure qu'une telle position allait également être appliquée pour les couvertures contre les fluctuations de devises, mais rien n'indique non plus que cette position ne pourra être retenue pour ce type d'opérations.

Dans l'arrêt *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario*¹⁵ rendu en 2006, la Cour suprême du Canada a apporté une distinction entre la notion de couverture et la notion de spéculation. Toutefois, il faut considérer que cette cause portait sur l'interprétation qui doit être donnée à la notion de couverture en vertu de la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*¹⁶ de l'Ontario, donc certaines nuances s'imposent puisqu'il s'agit d'une autre loi fiscale. Placer Dome International possède des filiales qui exploitent des mines d'or et effectuent la production ainsi que la vente de ce métal précieux. La société mère effectue des opérations de couverture au nom de Placer Dome Canada dans le but de se protéger contre les fluctuations du prix au comptant de l'or. Le juge LeBel, pour la majorité, a différencié ces deux notions en précisant que, pour considérer qu'il s'agit d'une opération de couverture, il doit réellement y avoir des éléments d'actif ou de passif qui sont soumis aux fluctuations du marché¹⁷. Il allègue également que si la valeur nominale couverte par les produits dérivés excède le risque couru par le contribuable, il s'agira plutôt de spéculation. Ainsi, le juge LeBel a conclu que les opérations n'étaient pas spéculatives dans ce cas-ci, puisque l'or couvert par les instruments dérivés n'excédait pas la production réelle des mines. Dans certains cas, il estime qu'il peut être facile d'identifier une opération de couverture, puisque « [l]e producteur qui est véritablement exposé à des fluctuations de prix renonce, dans une certaine mesure, à la

¹³ *CRA Views, op. cit.*, note 6, interprétation technique 9315230, « Hedging gains and losses – resource allowance », 17 juin 1993.

¹⁴ *CRA Views, op. cit.*, note 6.

¹⁵ 2006 D.T.C. 6532 (C.S.C.) (ci-après « *Placer Dome Canada* »).

¹⁶ L.R.O. 1990, ch. M.15.

¹⁷ *Placer Dome Canada*, précité, note 15, par. 29.

possibilité de gain qui accompagnerait une hausse du prix de l'or pour se prémunir contre une baisse du prix de ce métal »¹⁸.

En se basant sur les propos du juge Fisher de la Commission d'appel de l'impôt cité précédemment dans l'affaire *Dominion Steel and Coal*, on pourrait en conclure que ce principe pourrait également être appliqué aux opérations en devises étrangères lorsque les contrats de change à terme sont devenus une pratique courante pour l'entreprise. En effet, si de tels contrats avaient pour but de couvrir un montant qui n'excédait pas les montants nécessaires aux opérations de l'entreprise effectuées en devises, les opérations concernant des contrats à terme pourraient ne pas être considérées comme spéculatives. Tel qu'il a été spécifié précédemment, cette position n'a été ni confirmée ni contredite par le Ministère. Enfin, on doit noter que les tribunaux se sont davantage concentrés à analyser si l'opération produisait une couverture efficace plutôt qu'à différencier les notions de couverture et de spéculation.

1.3. TRAITEMENT FISCAL DES CONTRATS DE CHANGE À TERME

Les gains et pertes sur change réalisés dans le cadre d'une opération de couverture ou d'une opération spéculative peuvent être traités de deux façons différentes, soit comme un revenu de nature courante, soit comme un revenu de nature capital. Le problème de caractérisation du revenu ou de la perte résultant d'une opération en monnaie étrangère se pose parce que la *Loi de l'impôt sur le revenu* est muette à ce sujet. Les contrats de change à terme étant des instruments dont la valeur dépend de la valeur d'un autre élément d'actif financier, ils ne génèrent pas un rendement tel que des intérêts ou des dividendes, mais grâce aux fluctuations du marché, ils peuvent plutôt produire des gains ou pertes à l'échéance ou lors de leur disposition¹⁹. De par sa nature, un contrat à terme est généralement considéré comme une opération spéculative produisant des gains et pertes de nature courante et comme faisant partie intégrante des activités de l'entreprise ou employés dans le cadre d'un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial²⁰. Dans le cas des commerçants, courtiers, banques et autres

¹⁸ *Id.*, par. 32.

¹⁹ Tim EDGAR, « The Income Tax Treatment of Financial Instruments: Theory and Practice », dans *Canadian Tax Paper*, n° 105, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2000.

²⁰ Cette notion inclut une opération dont la conduite et l'intention du contribuable indiquent l'objectif de réaliser un profit. Pour plus de détails à ce sujet, voir AGENCE (à suivre...)

institutions financières qui font le commerce des instruments financiers, les gains et pertes issus de tels produits dérivés, acquis dans le cours normal des activités de l'entreprise, bénéficient normalement du traitement de revenu²¹.

Toutefois, il est possible que certains gains et pertes soient qualifiés en fonction du caractère de l'opération sous-jacente lorsque les contrats à terme sont utilisés comme des instruments de couverture contre une exposition à un certain risque. Cependant, le Ministère n'a pas précisé quels étaient les critères à utiliser pour déterminer dans quelles circonstances ce principe pouvait être appliqué. Les commentaires sur ce sujet sont très généraux et mentionnent souvent que la couverture doit être efficace, sans toutefois mentionner quelles sont les qualifications requises²². Certains auteurs affirment qu'il est plus difficile de qualifier le contrat à terme de type *futures* d'instrument de couverture en raison de sa nature plus spéculative²³. Dans le cas où les opérations à terme en devises font partie de l'exploitation commerciale du contribuable, le Ministère a signalé que, pour des gains ou pertes résultant d'une telle opération, on doit appliquer les mêmes principes généraux utilisés pour déterminer si les effets de change sont de nature courante ou de nature capital²⁴. Inversement, l'ARC soutient que le contribuable sera traité comme un spéculateur s'il s'engage dans des opérations à terme concernant des devises qui ne font pas partie de l'exploitation d'une entreprise. Une analyse détaillée de la notion de couverture est effectuée à la section 2., tandis qu'une analyse portant sur le traitement fiscal des opérations spéculatives sera effectuée à la section 3.²⁵

1.4. GÉNÉRALITÉS SUR LES GAINS ET PERTES SUR CHANGE

Bien qu'aucune méthode pour déterminer la nature des opérations de change n'ait été codifiée, le Ministère, en 1980, a tout de même exprimé sa

(...suite)

DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-459, « Projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial », 8 septembre 1980.

²¹ T. EDGAR, *loc. cit.*, note 19, 54.

²² Voir la section 3.2. ci-dessous pour plus de précisions à ce sujet.

²³ D. G. BROADHURST, *loc. cit.*, note 1, 26:8.

²⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-346R, « Opérations à terme sur marchandises et opérations sur certaines marchandises », 20 novembre 1978, par. 14-15.

²⁵ Un résumé des impacts fiscaux pour chaque type d'opération (spéculative *versus* couverture) est présenté à l'annexe 2.

position ainsi que les principes de base dans le *Bulletin d'interprétation IT-95R*²⁶. Il explique que, pour caractériser des gains et pertes sur change, on doit « examiner les transactions dont ils découlent ou, dans le cas de fonds empruntés en monnaie étrangère, l'utilisation de ces fonds »²⁷. Ce point de vue a d'ailleurs été confirmé par les tribunaux, notamment dans l'affaire *Ethicon Sutures c. La Reine*²⁸. Les propos du juge Cullen de la Cour fédérale dans cette affaire résument bien la façon de caractériser des gains et pertes sur change :

« Where the foreign currency was acquired as a result of the taxpayer's trading operations, or for the purpose of carrying on trading operations, any gains will be treated as occurring in the course of the taxpayer's trade and will be treated as income. Likewise, where the transaction is a speculation made in the hope of profit, it will be treated as an adventure in the nature of trade, and the gain will be taxed as income. However, if the gain arises out of the investment of idle funds or the appreciation of a temporary investment, the gain will be treated as a capital gain²⁹. »

Toutefois, l'ARC est d'avis que la détermination de la nature de l'opération en devises est une question de fait et nécessite donc un examen approfondi de tous les faits, circonstances et documents en cause³⁰. Plusieurs facteurs peuvent entrer en ligne de compte et l'importance de chacun peut varier en fonction de chaque situation. Le bulletin d'interprétation précise également que, pour déterminer la nature des gains ou pertes sur change étranger, on doit appliquer les principes établis pour caractériser le revenu aux fins du paragraphe 9(1) L.I.R. Cela signifie donc qu'on doit se référer aux facteurs généraux qui permettent de distinguer le revenu courant du revenu en capital. La jurisprudence ainsi que la doctrine étant assez volumineuses à ce sujet³¹, ce texte n'approfondira pas les critères généraux retenus par les tribunaux, mais il est important de préciser que les principaux

²⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation IT-95R*, « Gains et pertes sur change étranger », 16 décembre 1980.

²⁷ *Id.*, par. 1.

²⁸ [1985] 2 C.T.C. 6 (C.F. 1^{re} inst.), par. 24 (ci-après « *Ethicon Sutures* »).

²⁹ *Id.*, par. 25 à 27.

³⁰ Voir notamment : *CRA Views, op. cit.*, note 6, interprétations techniques 2006-0190971E5, « Gain et perte sur change étranger », 29 septembre 2007 et 2004-0067161E5, « Change étranger », 8 novembre 2004.

³¹ Voir notamment Martin LORD et Patrick LEBEL, « Revenus d'entreprise *versus* gain en capital », dans *Congrès 2001*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, par. 14:1-68.

facteurs considérés sont l'intention et la conduite du contribuable. L'ARC reconnaît que le *Bulletin d'interprétation* IT-95R ne reflète pas le contexte actuel entourant les opérations de couverture puisqu'il n'a pas été mis à jour depuis de nombreuses années³². Elle précise tout de même que les principes généraux continuent toujours de s'appliquer³³.

2. CONTRAT DE CHANGE À TERME COMME INSTRUMENT DE COUVERTURE

2.1. CARACTÈRE FISCAL

Les gains et pertes réalisés dans le cadre d'une opération de couverture peuvent être caractérisés de la même façon que l'élément faisant l'objet de la couverture³⁴. Bien que le législateur n'ait pas codifié ce principe, le Ministère a confirmé que cette position pouvait être appliquée dans le cas d'une exposition à un risque de fluctuations du taux de change³⁵. D'ailleurs, ce principe a également été retenu par les tribunaux dans un certain nombre de causes, dont l'affaire *Shell Canada Ltd. c. La Reine*³⁶, qui est présentée ci-dessous. De plus, cette position concorde avec le principe général des gains et pertes sur change qui stipule que pour déterminer leur nature (capital ou courante), on doit se référer au caractère de l'opération sous-jacente.

L'arrêt *Shell* est déterminant dans la caractérisation des gains et pertes sur change provenant d'un produit dérivé utilisé à des fins de couverture, puisque la Cour suprême du Canada confirme le principe établi précédemment. Les faits sont les suivants : Shell avait estimé ses besoins de fonds à 100 M\$ US pour l'exploitation de son entreprise canadienne. Au lieu d'emprunter directement en dollars américains, cette société a utilisé une stratégie de financement en deux étapes. Shell a d'abord signé des contrats d'achats de débentures avec des prêteurs étrangers pour 150 M\$ NZ et

³² Le *Bulletin d'interprétation* IT-95R remonte à décembre 1980, donc il n'a pas été mis à jour depuis près de 30 ans.

³³ *CRA Views*, *op. cit.*, note 6, interprétation technique 2006-0215491C6, « Timing recognition foreign currency gains & losses », 21 décembre 2006.

³⁴ Voir notamment David G. BROADHURST, « Foreign Exchange Planning », dans *Corporate Management Tax Conference 1993*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1994, pp. 8:1-27, à la page 8:4.

³⁵ *CRA Views*, *op. cit.*, note 6, interprétation technique AC74600, « OECD Working Party Number 6 », 27 mars 1990.

³⁶ 99 D.T.C. 5682 (C.S.C.) (ci-après « *Shell* »).

portant intérêt à taux plus élevé que celui sur le marché américain. Ensuite, elle a conclu un contrat de change à terme avec Sumitomo Bank qui lui a permis de convertir les 150 M\$ NZ en 100 M\$ US. Le contrat lui permettait également d'échanger les dollars américains en dollars néo-zélandais dans le but d'effectuer les paiements semestriels aux investisseurs étrangers et le remboursement du principal à l'échéance des titres de créances. Les taux de change prévus au contrat avaient été établis en fonction des prévisions du marché lors de la signature de l'entente. Au moment du remboursement du principal aux investisseurs étrangers, la baisse de valeur du dollar néo-zélandais par rapport au dollar américain a été moins importante que prévu, ce qui a permis à Shell de réaliser un gain sur change de 21 M\$. La question en litige est donc de savoir si ce gain constitue un revenu ou s'il peut être traité comme un gain en capital. Le tribunal a déterminé que « [l]a qualification à titre de revenu ou de gain en capital d'un gain sur change issu d'une opération de couverture dépend de la qualification de la dette à laquelle se rapporte l'opération de couverture »³⁷.

Si le contrat à terme est utilisé pour couvrir une exposition aux fluctuations de devises qui est de nature capital, les gains et pertes sont également qualifiés de cette façon, mais seulement dans les cas où le lien entre l'instrument de couverture et l'élément couvert est jugé suffisamment important³⁸. Cette conclusion a vu le jour à la suite de l'affaire *Salada Foods c. La Reine*³⁹, qui sera analysée à la section 2.3. ci-dessous. S'ils ne sont pas suffisamment liés, les gains et pertes seront plutôt qualifiés en fonction de la nature du produit dérivé. L'ARC est d'avis que cette position risque davantage d'être adoptée dans le cas où le contribuable n'entreprind pas une opération de couverture relativement à une opération spécifique, mais plutôt pour couvrir un risque économique global de l'entreprise⁴⁰. Ce texte analysera ce qui est considéré comme une couverture efficace, de même que le degré de liaison entre l'instrument de couverture et l'élément couvert qui est nécessaire pour que le lien soit jugé suffisant.

³⁷ *Id.*, par. 70.

³⁸ Shawn D. PORTER et Kenneth J.A. VALLILLEE, « Tax and Accounting Aspects of Treasury Operations », dans *2000 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2001, pp. 20:1-41, à la page 20:5.

³⁹ [1974] C.T.C. 201 (C.F. 1^{re} inst.) (ci-après « *Salada Foods* »).

⁴⁰ *Supra*, note 35.

2.2. EXISTENCE D'UNE COUVERTURE

Tel qu'il a été discuté précédemment, il n'est pas simple de déterminer si un contrat à terme en devises peut constituer un instrument de couverture efficace puisque cela dépend des faits propres à chaque situation⁴¹. Le jugement rendu par la division de première instance de la Cour fédérale dans l'affaire *Echo Bay Mines* a joué un rôle important dans la détermination de l'existence d'une opération de couverture. Dans cette décision, le contribuable était une compagnie minière qui effectuait l'exploitation de mines d'argent et vendait toute sa production à un tiers non lié, en fonction d'une entente à long terme avec celui-ci. Comme le prix de vente de ce métal était fixé en fonction du prix du marché, des contrats de vente à terme ont été conclus par la compagnie minière afin de se protéger contre les baisses possibles du prix de l'argent. Ces contrats n'entraînaient aucune livraison physique du métal et le contribuable réalisait des gains sur ces produits dérivés lorsque le prix de l'argent chutait. La question en litige portait sur l'inclusion des revenus provenant de contrats de vente à terme dans les « bénéfices relatifs à des ressources » en vertu du paragraphe 1204(1) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*⁴². Pour résoudre cette question, le juge MacKay a dû établir des critères nécessaires pour considérer que les contrats à terme avaient été signés avec une intention de couverture, et non à titre spéculatif. Pour conclure que le contrat de vente à terme pouvait être considéré comme un instrument de couverture, le juge a examiné les règles applicables aux opérations de couverture en vertu des principes comptables généralement reconnus (ci-après « PCGR »), soit les quatre conditions suivantes :

- la marchandise à couvrir expose l'entreprise au risque de fluctuation du prix (ou du taux d'intérêt);
- le contrat de vente à terme réduit ce risque et est considéré comme une couverture;
- les caractéristiques importantes et les stipulations de l'opération prévue sont précisées;

⁴¹ *CRA Views, op. cit.*, note 6, interprétation technique 9232507, « Echo Bay case – Gold loans », 24 décembre 1992.

⁴² C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »). Ce paragraphe fournit une définition des « bénéfices bruts relatifs à des ressources ».

- il est probable que l'opération prévue aura lieu⁴³.

Ces critères ont été repris par l'ARC dans une interprétation technique pour indiquer au contribuable comment juger si on est bel et bien en présence d'une opération de couverture⁴⁴. Elle précise que cette décision pourrait être appliquée aux compagnies exploitant des ressources qui négocient des contrats de vente à terme pour protéger leur production contre les risques de fluctuations. Toutefois, dans cette même interprétation, l'ARC a indiqué qu'elle accorde plus d'importance aux facteurs suivants pour juger de l'existence d'une couverture : l'intention et la capacité d'un contribuable de protéger un actif ou un passif avec ce contrat à terme au moment où il est conclu. Aucun tribunal n'a confirmé que les quatre conditions mentionnées précédemment pouvaient également s'appliquer dans le cas d'une opération de couverture contre le risque de change. D'ailleurs, il ne faut pas oublier que ces critères reposent en partie sur les PCGR et que ces derniers ne sont pas des règles de droit⁴⁵. En effet, il a été établi par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canderel Ltd. c. La Reine* que la méthodologie de la comptabilité est « motivée par des facteurs fondamentalement différents de la fiscalité [...] [et que] la prudence s'impose dans l'application de principes comptables à des questions juridiques »⁴⁶. Ainsi, le législateur n'est pas lié par ces principes commerciaux, mais la Cour suprême a tout de même conclu que s'il n'y avait pas de définition légale complète énoncée par le législateur, il est possible de se baser sur tous les principes établis par la jurisprudence ou tous les principes généralement reconnus, ce qui inclut les PCGR. Ceux-ci jouent donc un rôle secondaire, puisque le juge Iacobucci a reconnu que, même si ces principes peuvent être employés dans certaines circonstances, les règles de droit ont toujours préséance si elles existent. D'ailleurs, dans l'affaire *Saskferco Products Inc. c. La Reine*⁴⁷, où le contribuable utilisait la comptabilité de couverture pour comptabiliser ses

⁴³ *Echo Bay Mines*, précité, note 7, par. 12 et 50.

⁴⁴ *CRA Views*, *op. cit.*, note 6, interprétation technique 9905707, « Resource allowance », 25 juin 1999.

⁴⁵ Il est important de noter que l'Institut canadien des comptables agréés (ci-après « ICCA ») a introduit par la suite un nouveau chapitre sur la comptabilité de couverture, soit INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, *Manuel de l'ICCA*, vol. I, Toronto, ICCA, chap. 3865.

⁴⁶ [1998] 2 C.T.C. 35 (C.S.C.), par. 36 (ci-après « *Canderel* »).

⁴⁷ 2008 D.T.C. 6698 (C.A.F.) (ci-après « *Saskferco* »). Voir les détails sur cette affaire à la section 3.3.

effets de change, la Cour d'appel fédérale a tranché en faveur d'un traitement fiscal différent des PCGR.

Ainsi, les facteurs essentiels pour déterminer l'existence d'une couverture semblent être l'intention et la capacité du contribuable de protéger l'élément sous-jacent à l'aide de son contrat à terme. En effet, pour conclure qu'une opération de couverture avait été effectuée, le juge Mackay de la division de première instance de la Cour fédérale dans la décision *Echo Bay Mines*, rendue en 1992, s'était également basé sur les propos du comptable du contribuable :

« [...] la différence entre couverture et spéculation tient à ce que dans le premier cas, la compagnie s'engage à vendre à terme une marchandise qu'elle a et les moyens et l'intention de produire; si elle n'a ni les moyens ni l'intention de remplir ses obligations en produisant cette marchandise, il y a spéculation par contrat de vente à terme⁴⁸. »

La décision rendue en 1990 par la division de première instance de la Cour fédérale dans l'affaire *MacMillan Bloedel Ltd. c. La Reine*⁴⁹ est pertinente pour l'analyse de l'existence d'une couverture dans la mesure où le juge a accepté de caractériser les contrats de change à terme comme des instruments de couverture. Le contribuable avait entrepris des négociations pour l'obtention de 70 M\$ en devises américaines sous forme de débentures, mais comme il avait besoin de cette somme en dollars canadiens, il a également conclu des contrats de change à terme pour se protéger contre les fluctuations de la devise jusqu'à ce que l'entente soit signée. La direction a souscrit à ces contrats à terme en faisant correspondre les montants et dates d'émission, obtenant ainsi une concordance parfaite en matière de montants et de dates. Le juge Collier alléguait que de recourir à des contrats de change à terme était une pratique courante pour se protéger contre les fluctuations des taux de change. Ainsi, le tribunal a reconnu que les contrats de change constituaient une opération de couverture et semble soutenir la définition fournie par le comptable agréé représentant le contribuable :

« A foreign exchange hedging transaction is one that assures the party entering into it that it will receive a fixed dollar amount in relation to his future receipt of a foreign currency. Foreign exchange contracts are commonly entered into by persons wishing to avoid the risk of a fluctuation of a foreign currency⁵⁰. »

⁴⁸ Précité, note 7, par. 12.

⁴⁹ [1990] 1 C.T.C. 468 (C.F. 1^{re} inst.) (ci-après « *MacMillan Bloedel* »).

⁵⁰ *Id.*, par. 36.

Dans l'arrêt *Shell*, la Cour suprême du Canada n'a même pas mis en doute le fait que le contrat de change à terme était utilisé en tant qu'instrument de couverture. La Cour a simplement déterminé que « *Shell* a conclu le contrat de change à terme pour se couvrir, au moyen de dollars américains, contre le risque du marché auquel l'exposaient les contrats d'achat de débetures libellés en monnaie néo-zélandaise »⁵¹, en précisant que la dette n'aurait pas été émise sans la signature du contrat de change. Cela prouve donc que de tels contrats portant sur des devises peuvent être considérés comme des instruments de couverture dans une situation de fait donnée. Cependant, cet arrêt n'apporte aucune précision sur les critères requis pour considérer que l'instrument financier est utilisé à des fins de couverture.

2.2.1. Liquidation des contrats à terme avant l'échéance

Étant donné que le contrat de type *forward* constitue un contrat privé fait sur mesure entre deux parties, le règlement du contrat se fait normalement à l'échéance. Ce n'est pas le cas des contrats de type *futures* qui peuvent être liquidés avant leur échéance puisqu'ils sont négociés en Bourse. Il est donc intéressant d'analyser si le fait de mettre fin au contrat avant son échéance peut constituer un facteur pour conclure que le contrat à terme a été acquis à titre spéculatif, l'empêchant ainsi d'être considéré comme un instrument de couverture.

La seule cause où l'on retrouve une telle situation est l'affaire *Echo Bay Mines*, dans laquelle le juge MacKay a tout de même conclu que le contrat à terme pouvait être considéré comme un instrument de couverture. Le juge est d'avis que même si les contrats ont été liquidés avant l'échéance, le contribuable peut les avoir acquis dans le cadre d'une opération de couverture. Il a accordé davantage d'importance au fait que les contrats à terme n'avaient pas excédé la production estimée et que celle-ci était évaluée et révisée continuellement. En se basant sur ces faits, le tribunal semble avoir conclu que l'intention était réellement de souscrire aux contrats à terme à des fins de couverture, et ce, même si le contribuable avait disposé des contrats avant terme. Cependant, il ne faut pas oublier qu'en liquidant sa position avant l'échéance, le contribuable se retrouve à mettre un terme à sa couverture. En n'ayant plus de protection contre le risque qu'il souhaitait couvrir, le contribuable peut avoir de la difficulté à prouver que son intention était d'acquiescer un contrat à terme à des fins de couverture, et non à titre spéculatif. L'intention étant généralement un facteur dominant, le

⁵¹ *Shell*, précité, note 36, par. 70.

contribuable doit donc être prudent dans une telle situation, à moins que la période durant laquelle il n'est pas couvert ne soit très courte.

2.2.2. Couverture continue ou intermittente

Il a été demandé au Ministère si le fait de ne pas maintenir une couverture permanente sur un élément à risque peut influencer sur la détermination du caractère des gains et pertes résultant d'un contrat de change à terme utilisé comme instrument de couverture. Bien qu'il y ait très peu de commentaires à ce sujet, le Ministère a tout de même fourni les précisions suivantes : « [w]e are not prepared to accept your proposition that intermittent hedging as opposed to continuous hedging [...] will be determinative of whether the related gains and losses are on income or capital account »⁵². Il ajoute toutefois qu'un instrument de couverture utilisé de façon intermittente aura probablement le traitement de revenu. À l'inverse, il n'est toutefois pas possible de conclure que le contribuable qui a continuellement recours à une opération de couverture pourra traiter ses gains et pertes comme des opérations de nature capital. Dans une telle situation, il semble que le contribuable peut tout de même être considéré comme effectuant des opérations spéculatives. Par conséquent, le fait de se couvrir continuellement contre le risque de change est seulement un facteur qui peut jouer en faveur du contribuable, mais il ne permettra pas de conclure que l'opération a été entreprise à des fins de couverture.

2.3. LIEN SUFFISANT?

Après avoir démontré l'existence d'une couverture, il faut prouver que le lien qui unit l'instrument de couverture et l'opération sous-jacente est suffisamment étroit pour justifier que le contrat à terme puisse adopter le caractère de l'élément couvert. Bien que le Ministère n'ait pas exigé explicitement l'existence d'un lien, il fait référence à cette liaison par l'emploi des termes *directly linked*⁵³ pour se prononcer sur l'existence d'une couverture. Le degré de liaison requis de même que les critères nécessaires pour l'atteindre n'ont pas été précisés par l'ARC et il n'y a pas encore beaucoup de causes où les juges ont examiné cette question. Cela demeure tout de même un sujet primordial à aborder, car le degré de liaison influence directement sur le caractère des gains et pertes réalisés lors de la disposition

⁵² *CRA Views, op. cit.*, note 6, interprétation technique 9218915, « Foreign currency hedges », 9 novembre 1992.

⁵³ *Id.*, interprétation technique 2003-0019667, « Conversion rate for U.S. dollar receivable », 27 juin 2003.

des produits dérivés. Les tribunaux exigent implicitement un tel rapprochement entre les deux éléments pour faire correspondre leur caractère.

Il faut d'abord préciser que les instruments de couverture peuvent être séparés en deux catégories⁵⁴ : ceux qui protègent contre un risque spécifique ou une opération spécifique et ceux qui couvrent un risque économique global, ou des résultats financiers, sans être reliés à une opération particulière. Cette distinction est importante puisque les tribunaux semblent rejeter l'idée qu'un instrument de couverture puisse être suffisamment lié à une opération sous-jacente s'il protège l'entreprise contre un risque général⁵⁵. Par contre, il n'est pas possible de conclure qu'un contrat à terme qui protège l'entreprise contre un risque spécifique sera automatiquement relié à l'opération sous-jacente.

L'ARC a indiqué que les comptes clients pouvaient être réputés couverts contre les fluctuations du taux de change s'ils étaient directement reliés aux contrats de change⁵⁶, sans préciser comment atteindre une liaison suffisante. Elle a toutefois indiqué qu'il n'était pas nécessaire que chaque compte spécifique à un client soit protégé séparément par un contrat à terme, puisque cela deviendrait trop complexe à gérer compte tenu du nombre élevé d'opérations. L'affaire *MacMillan Bloedel* citée précédemment n'apporte pas non plus de précisions sur les critères requis pour atteindre le degré de liaison suffisant, mais elle demeure pertinente puisque le juge semble insinuer que si l'entreprise avait réalisé un gain issu de son contrat de change à terme, ce gain aurait pu bénéficier du traitement de nature capital⁵⁷. Cette décision est particulière et l'ARC a précisé qu'elle aurait une portée très limitée en étant restreinte à ces faits seulement⁵⁸, mais elle peut servir d'exemple pour les cas semblables. Il faut rappeler que le contribuable avait acquis des contrats de change à terme dont les montants et la date d'émission

⁵⁴ T. EDGAR, *loc. cit.*, note 19, 56.

⁵⁵ Norman C. LOVELAND, « Taxation of Currency and Interest Rate Risk Management Strategies and Products », dans *Corporate Management Tax Conference 1992*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1993, pp. 11:1-38, à la page 11:11. L'affaire *Ethicon Sutures*, précité, note 28, peut en être un exemple.

⁵⁶ *Supra*, note 53.

⁵⁷ Margaret E. GROTTENTHALER et Philip J. HENDERSON, « The law of financial derivatives in Canada », Toronto, Carswell, 2008, p. 11-7.

⁵⁸ *CRA Views, op. cit.*, note 6, interprétation technique 9410620, « Foreign exchange gains and losses », 16 mai 1994.

correspondaient parfaitement à ceux de l'opération couverte et que, dans ces cas, il est facile de conclure qu'il y a un rapprochement entre les deux opérations.

Le jugement rendu en 1974 par la division de première instance de la Cour fédérale dans l'affaire *Salada Foods*⁵⁹ est sans aucun doute pertinent pour démontrer le principe du lien. Les faits sont les suivants : le contribuable était un fabricant et un distributeur de produits alimentaires qui était incorporé au Canada et qui possédait plusieurs filiales au Royaume-Uni. Pour éviter qu'une dévaluation de la livre sterling ne fasse chuter la valeur de ses placements dans ses filiales étrangères, le contribuable a conclu des contrats de change à terme de type *forward* avec une banque. À deux reprises, la société a subi de faibles pertes puisque la dévaluation anticipée de la devise ne s'était pas produite, mais par la suite elle a réalisé un gain de 185 312 \$ provenant de ces contrats de change. La question en litige était de déterminer si le gain venait d'un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial et donc s'il devait être considéré comme un revenu d'entreprise. La société prétendait que le contrat de change à terme avait été conclu pour protéger la valeur de ses investissements dans ses filiales et, par conséquent, le revenu ne faisait que compenser la baisse de valeur des filiales. Le contribuable a soutenu qu'il n'avait même pas réalisé de gain, mais que si le tribunal en reconnaissait un, alors ce gain devait être de nature capital étant donné le caractère du placement. Pour trancher cette question, le tribunal a dû analyser si les contrats à terme étaient suffisamment liés avec les placements dans les filiales.

Tout d'abord, le juge Urie a retenu que la valeur comptable des placements s'élevait à 532 000 £ alors que les contrats couvraient seulement 500 000 £ : il y avait donc un manque de concordance. De plus, il s'est attardé au fait que le contribuable présentait son investissement à son coût historique et qu'il n'en connaissait pas la juste valeur marchande puisqu'il ne l'avait pas fait évaluer. Bien que cette méthode soit adéquate sur le plan comptable, elle présente des lacunes dans un contexte de couverture. Comme un contribuable cherche à protéger la valeur réelle d'un élément d'actif ou de passif au lieu de sa valeur historique, il lui est difficile de prouver qu'il cherchait bel et bien à couvrir ses placements s'il n'en connaît même pas le montant. En considérant tous ses faits, le juge Urie a conclu qu'il n'y avait aucun lien, ou sinon un faible lien, entre le gain sur les contrats de change à terme et la dévaluation de ses placements à la suite de la chute de la livre sterling. Ainsi, il a rejeté la thèse du contribuable puisqu'elle ne pouvait être

⁵⁹ Précité, note 39.

appuyée par des preuves suffisantes et il a plutôt conclu que l'intention du contribuable était totalement spéculative et visait seulement la réalisation d'un profit. Bien que le juge Urie ait affirmé que le fait de vouloir réaliser un profit ne soit pas suffisant pour conclure qu'il s'agit d'une affaire de caractère commercial, il a tout de même conclu que le gain était de nature courante. À la suite des faits exposés, il considérait que le contribuable avait agi à titre de spéculateur en supposant que la livre sterling serait dévaluée. De plus, il a considéré que la perte sur les placements n'était pas réelle, car elle ne pouvait être réalisée tant qu'il n'y avait pas de vente des filiales. Il ajoute d'ailleurs que « [t]here was never any intention on the part of *Salada* that the transaction be in any way an investment in its normal sense and, in fact, it was acknowledged by the plaintiff to be wholly speculative »⁶⁰. Cependant, le fait que la Cour se soit penchée sur la question du lien démontre qu'il peut exister un rapprochement suffisamment important pour justifier que l'instrument de couverture adopte le caractère de l'élément couvert et que ce lien mérite d'être analysé avant de trancher sur le caractère du produit dérivé⁶¹.

La cause *Salada Foods* semble laisser entendre qu'un lien très étroit est nécessaire pour que les gains et pertes dérivés des contrats à terme soient caractérisés de la même façon que l'élément couvert. Toutefois, il faut noter que la situation est particulière, car la perte à compenser n'était pas matérialisée et ne le serait peut-être jamais si les filiales devaient être vendues à un moment où la livre sterling aurait subi une hausse.

D'ailleurs, le Ministère a affirmé que, lorsqu'il n'y a aucune intention de disposer d'un élément d'actif de nature capital, il y a une forte présomption que l'opération est spéculative⁶². Par contre, la réalisation de la perte n'est pas une condition essentielle pour que le lien soit jugé suffisant, mais dans le cas présent le fait d'avoir une couverture continue aurait pu jouer en faveur du contribuable pour démontrer son intention⁶³. Néanmoins, l'ARC accorde une grande importance à l'intention pour trancher sur le degré de liaison. Il serait donc intéressant de savoir quelle aurait été la décision du tribunal dans l'affaire *Salada Foods* si des négociations pour la vente des filiales avaient été entreprises ou si le contribuable avait utilisé une opération de couverture continue. Également, il faut noter qu'au moment de cette décision, le gain en

⁶⁰ *Id.*, par. 17.

⁶¹ N. C. LOVELAND, *loc. cit.*, note 55, 11:19.

⁶² *Supra*, note 52.

⁶³ M. E. GROTTENTHALER et P. J. HENDERSON, *op. cit.*, note 57, p. 11-6.

capital n'était pas imposable, ce qui nous amène à nous demander si le jugement du tribunal aurait été différent si le profit avait été partiellement imposé.

Dans l'arrêt *Shell* rendu par la Cour suprême du Canada, les gains et pertes ont été caractérisés en fonction de la dette sous-jacente, mais il ne permet pas d'éclairer la question du lien entre le produit dérivé et la dette puisqu'il y avait une concordance parfaite entre ces deux éléments. La Cour a précisé que « Shell n'aurait pas conclu les contrats d'achat de débentures sans le contrat de change à terme »⁶⁴, sans s'étendre davantage sur la liaison entre les deux. Le degré de liaison ne pouvant être plus élevé, il est donc normal que le tribunal ait adopté cette position.

Le jugement rendu par la division de première instance de la Cour fédérale dans l'affaire *Ethicon Sutures* ne portait pas sur les contrats à terme, mais il mérite tout de même d'être analysé puisqu'il permet d'approfondir le principe du lien. Cette décision implique des gains et pertes sur change, ce qui est pertinent dans le cadre de notre analyse puisque les principes qui sous-tendent leur caractérisation peuvent également être utilisés pour les gains et pertes sur change provenant des contrats à terme. La société avait accumulé des liquidités excédentaires qu'elle avait investies dans des dépôts à court terme libellés en dollars américains, réalisant ainsi des gains sur change. Le contribuable a prétendu que ces fonds étaient réservés pour financer le paiement de dividendes. La question en litige était donc de déterminer si le revenu réalisé était de nature capital ou de nature courante. Les faits ont démontré que les liquidités excédentaires ont servi quelques fois à l'achat de marchandises en inventaire, ce qui constitue une opération de nature courante. Bien que le juge Cullen ait reconnu que l'objectif était d'utiliser les placements pour le paiement des dividendes, il est d'avis que l'intention secondaire était de conserver des fonds pour le paiement occasionnel de marchandises. Le juge a également déterminé que « [t]o be considered capital in nature, the funds must be surplus, must be exclusively for dividend or capital expenditures, ie it must be a firm final dedication, and not enough if "earmarked primarily" »⁶⁵. Ce principe de lien entre les gains sur change et le paiement de dividende pourrait également être appliqué aux instruments de couverture, dans le sens où ceux-ci devraient protéger « exclusivement » des dépenses en capital au lieu de « principalement ». Bien que cela n'ait pas été confirmé par l'ARC, il faut quand même en tenir compte, car il est probable que l'exigence soit aussi stricte pour les gains et

⁶⁴ Précité, note 36, par. 70.

⁶⁵ *Ethicon Sutures*, précité, note 28, par. 34.

pertes provenant des contrats de change à terme. Il faut également noter que, dans ce cas-ci, le juge s'est basé lui aussi sur l'intention présumée du contribuable pour déterminer la nature des gains et pertes sur change.

En conclusion, il est difficile d'établir de façon définitive les critères nécessaires pour juger de la liaison entre l'instrument de couverture et l'opération sous-jacente puisqu'il y a eu très peu de décisions concernant cette question. Néanmoins, il semble qu'un lien très étroit entre les deux éléments soit nécessaire et que l'intention du contribuable soit un facteur déterminant pour juger de la relation qui les unit.

2.3.1. Concordance parfaite des montants nécessaire?

Une autre question importante a été soulevée au fil des années pour trancher sur le degré de liaison : est-ce qu'il doit y avoir une concordance parfaite entre le montant engagé dans des contrats à terme et celui de l'élément couvert? Cette question a été analysée dans l'affaire *Echo Bay Mines*, citée précédemment, et le juge MacKay de la division de première instance de la Cour fédérale s'est exprimé ainsi à ce sujet :

« [...] il n'y a pas eu concordance suffisante entre les deux ensembles parallèles d'opérations, pour ce qui est de la quantité produite, de la date de livraison et de la date de liquidation des contrats de vente à terme, mais je note qu'il n'y a aucune preuve de corrélation ou de défaut de corrélation. [...] La concordance exacte n'était pas possible dans les faits; elle n'est pas non plus essentielle pour qu'il y ait opération de couverture⁶⁶. »

Par conséquent, la division de première instance de la Cour fédérale a jugé que les contrats à terme constituaient des instruments de couverture malgré le fait qu'il n'y avait pas de concordance entre les éléments. À la lumière de cette affaire, nous pouvons conclure que les tribunaux reconnaissent que la concordance parfaite n'est pas toujours possible et ne peut donc pas être exigée. En effet, dans le cas présent, il était très difficile d'estimer avec précision la quantité d'argent qui était produite et qui devait être couverte. Cette position semble avoir été acceptée par l'ARC dans une interprétation technique⁶⁷ où elle réitère que ce sont plutôt l'intention et la capacité de production qui représentent les facteurs déterminants. Dans l'affaire *Echo Bay Mines*, des efforts ont été faits pour estimer la quantité à

⁶⁶ Précité, note 12, par. 50.

⁶⁷ Voir *supra*, note 44 et *CRA Views, op. cit.*, note 6, interprétation technique 2000-0027485, « Hedging losses in resource profit calculation », 15 septembre 2000.

couvrir à l'aide des contrats à terme et l'estimation a même été révisée pour s'assurer qu'elle ne serait pas supérieure à ce qui était réellement produit. Ces efforts ont été reconnus par le juge, ce qui a pu être un facteur utile pour juger que le contribuable agissait à des fins de couverture et non à des fins spéculatives. En essayant de faire correspondre les montants, le contribuable démontre ainsi son intention de se protéger le mieux possible contre les fluctuations du prix de l'argent.

Tel qu'il a été discuté, sans exiger une correspondance parfaite, l'ARC s'attend à ce que la capacité de production couverte par les instruments de couverture n'excède pas la capacité de production de l'entreprise. Cependant, la notion de production n'est pas toujours facilement adaptable dans le cas d'opérations portant sur des devises en raison de leur nature fongible. Dans une interprétation technique⁶⁸ traitant des contrats de change à terme conclus dans le but de couvrir les comptes clients contre le risque de fluctuation du taux de change, l'ARC n'exige pas la concordance parfaite entre les montants. Étant donné le grand nombre d'opérations, la somme du compte client varie continuellement et le montant à couvrir est donc difficilement déterminable. Dans cette interprétation, le montant des contrats à terme était déterminé en fonction des estimations des flux monétaires pour les comptes clients et il n'a jamais été supérieur à ceux-ci. Par conséquent, le contribuable n'a jamais réussi à se protéger complètement contre les fluctuations du taux de change, puisque le montant des contrats à terme était inférieur à celui des montants à couvrir. L'ARC a tout de même affirmé qu'une telle opération semblait entreprise à des fins de couverture. Ainsi, le contribuable peut couvrir ses opérations partiellement, pourvu que le montant engagé dans les contrats à terme soit toujours inférieur à l'élément qu'on souhaite couvrir. Cette position concorde avec la décision rendue dans l'affaire *Echo Bay Mines*, tout en traitant expressément des opérations en devises. Cette position laisse une plus grande marge de manœuvre aux contribuables qui veulent s'engager dans des opérations de couverture en leur permettant d'estimer les montants des opérations à couvrir, sans compromettre le principe du lien entre l'instrument de couverture et l'opération sous-jacente, ce qui est plus réaliste avec le contexte actuel des entreprises où les estimations sont difficiles à réaliser. Nous pouvons présumer que ce principe ne s'appliquera pas seulement aux comptes clients, mais à tout type d'opérations en devises nécessitant des estimations puisque, tel qu'il a été démontré ci-dessous, l'ARC semble maintenir cette position, et ce, même après la décision controversée dans l'arrêt *Shell*.

⁶⁸ *Supra*, note 53.

L'arrêt *Shell*, qui traitait incontestablement d'une opération de couverture contre les fluctuations des devises, n'apporte pas d'éclaircissement sur cette question, car le montant des contrats à terme correspondait exactement à celui du prêt qui était couvert par ce produit dérivé. Toutefois, à la suite de cet arrêt, le législateur a énoncé le nouvel article 20.3 L.I.R. pour contrôler la déductibilité des intérêts sur les prêts en devises faibles et indique, dans les notes explicatives accompagnant cet article, que « [l']opération de couverture n'a pas à éliminer entièrement le risque que présente les fluctuations de la valeur de la devise faible; les opérations qui ne font que réduire ce risque sont également visées »⁶⁹. Ainsi, le Ministère confirme qu'une couverture partielle peut être suffisante. L'article 20.3 L.I.R. vise uniquement les prêts en devises faibles, mais puisqu'il concorde avec les positions administratives exposées précédemment, il nous permet de conclure que la position de l'ARC est demeurée inchangée à la suite de l'arrêt *Shell*.

Bien que les arguments apportés ci-dessus semblent démontrer que la concordance parfaite ne soit pas nécessaire, il faut préciser que cela demeure un facteur utile pour conclure que les contrats à terme étaient utilisés à des fins de couverture. En effet, l'intention du contribuable étant un critère déterminant, il est plus facile de démontrer que l'intention est de se protéger contre les fluctuations des devises lorsqu'il y a une couverture parfaite. Ainsi, nous croyons que la concordance parfaite doit demeurer un critère auquel il faut porter une attention particulière, sans qu'elle soit pour autant obligatoire. Dans l'affaire *Salada Foods*, il faut se rappeler que les montants ne correspondaient pas et cela a été un argument retenu par le tribunal pour trancher en faveur du ministre.

2.4. REVUE DES DÉCISIONS DES TRIBUNAUX

Après avoir approfondi la façon pour qu'un contrat de change à terme soit considéré comme un instrument de couverture, ce texte présente les décisions des tribunaux concernant le traitement des gains et pertes provenant d'un tel produit dérivé. Toutefois, il y a relativement peu de jurisprudence traitant des opérations de couverture à ce jour, surtout en ce qui à trait aux opérations en devises étrangères. Seules les décisions qui ont reconnu le principe de caractérisation des contrats de change à terme en fonction de l'opération sous-jacente sont présentées dans cette section. Les jugements n'ayant pas reconnu que le lien qui unissait les deux éléments était suffisant seront examinés dans la prochaine section.

⁶⁹ Pour plus de détails sur l'article 20.3 L.I.R., voir la section 2.4.1. ci-dessous.

L'arrêt *Shell* représente l'une des rares causes dans laquelle le tribunal a accepté de caractériser le gain sur change résultant d'un contrat à terme en fonction de la nature du passif sous-jacent. Autrement dit, le profit généré a été imposé à titre de gain en capital. Dans l'affaire *Shell*, le tribunal a décidé que « si l'opération en cause a été conclue en vue d'obtenir des fonds devant servir de capitaux, le gain sur change réalisé ou la perte sur change subie relativement à cette opération constitue un gain ou une perte en capital »⁷⁰. Ainsi, le principe de caractérisation en fonction de l'élément sous-jacent a été facilement reconnu par la Cour suprême du Canada dans cette affaire, sans pouvoir préciser quels en ont été les facteurs déterminants. Puisque la juge McLachlin a déclaré que la « qualification du gain ou de la perte sur change découle généralement de la qualification de l'opération en cause »⁷¹, nous pouvons supposer que son opinion est basée sur l'intention du contribuable, sur laquelle repose en partie le principe de qualification des gains et pertes sur change. En effet, tel qu'il a été discuté précédemment, l'intention du contribuable doit être analysée pour déterminer la nature des gains et pertes sur change. Le fait que les montants des débentures et ceux des contrats de change correspondaient a permis d'aider la société *Shell* à convaincre le tribunal que les contrats de change n'auraient pas été conclus sans les débentures. Ainsi, la Cour n'a pas mis en doute l'intention du contribuable d'obtenir une couverture contre les fluctuations de change. D'ailleurs, elle précise que le fait que les opérations soient délibérées n'empêche pas le gain de profiter du traitement de nature capital.

Dans l'arrêt *Canadian Pacific c. La Reine*⁷² rendu en 2002 par la Cour d'appel fédérale, les faits étaient sensiblement les mêmes que ceux de l'arrêt *Shell* : la société avait émis des débentures en dollars néo-zélandais et en dollars australiens qu'elle a converties en dollars canadiens. Pour se protéger contre les fluctuations des monnaies, elle a conclu des contrats de change à terme qui ont généré un profit. La Cour d'appel fédérale a abondé dans le même sens que les juges de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Shell* : le profit généré par les contrats de change à terme a été imposé à titre de gain en capital. Elle confirme ainsi que la nature des débentures doivent être considérées pour juger de la nature des effets de change générés par les contrats à terme.

⁷⁰ Précité, note 36, par. 68.

⁷¹ *Id.*

⁷² 2002 D.T.C. 6742 (C.A.F.).

2.4.1. Article 20.3 L.I.R. édicté à la suite de l'arrêt *Shell*

L'article 20.3 L.I.R. s'applique aux dettes en devises faibles contractées après le 27 février 2000 afin de restreindre la déductibilité des intérêts sur ces emprunts, mais il touche également le caractère des gains réalisés et des pertes subies sur une opération de couverture. Le législateur vise les contribuables qui empruntent des fonds dans un pays où la devise est plus faible, puisque les taux d'intérêt exigés sur de tels prêts sont plus élevés que sur un prêt consenti en dollars canadiens. Le paragraphe 20.3(2) L.I.R. restreint les intérêts déductibles au montant qui aurait pu être déduit si l'emprunt avait été fait dans la monnaie utilisée pour gagner un revenu. Les intérêts excédentaires pourront tout de même servir à diminuer le gain sur change ou à augmenter la perte sur change, en vertu de l'alinéa 20.3(2)c) L.I.R. En ce qui a trait aux gains et pertes sur change résultant d'une opération de couverture, l'alinéa 20.3(2)b) L.I.R. précise que tout gain et perte sur change résultant du règlement ou de l'extinction de la dette doit être traité comme un revenu de nature courante. Cette disposition vient donc renverser la position adoptée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Shell*. Ainsi, le principe de qualification des gains et pertes sur change issus d'une opération de couverture en fonction de l'élément sous-jacent ne pourra plus s'appliquer lorsque l'emprunt sera réputé être une dette en devise faible définie au paragraphe 20.3(1) L.I.R. Toutefois, le nouveau principe diminue l'incertitude entourant la caractérisation des gains et pertes sur change en codifiant le traitement à appliquer.

3. CONTRAT DE CHANGE À TERME COMME INSTRUMENT DE SPÉCULATION

3.1. RÈGLE GÉNÉRALE

Lorsque le lien entre l'instrument de couverture et l'élément sous-jacent n'a pas été jugé suffisant, il faut ensuite analyser si le contrat à terme a été acquis à titre spéculatif ou s'il a plutôt été acquis dans le cours normal des activités commerciales. Dans cette dernière situation, il faut analyser si le principe d'intégration de l'opération aux activités de l'entreprise⁷³ peut s'appliquer, c'est-à-dire si le contrat de change à terme peut être considéré comme faisant partie intégrante des opérations de la société. Cependant, dans les deux cas, la règle générale de l'article 9 L.I.R. s'applique pour faire en

⁷³ M. E. GROTTENTHALER et P. J. HENDERSON, *op. cit.*, note 57, p. 11:4-5.

sorte que les gains et pertes bénéficient du traitement du revenu⁷⁴. Contrairement aux instruments acquis avec un objectif de couverture, on ne considère pas le caractère de l'élément couvert pour qualifier les gains et pertes réalisés dans un tel contexte. Toutefois, l'ARC a adopté une position plus souple dans un bulletin d'interprétation⁷⁵ qui offre un choix aux spéculateurs, mais celle-ci ne s'appliquera pas si le contrat à terme est réputé faire partie intégrante des opérations de l'entreprise. Les spéculateurs ont la possibilité de choisir leur méthode pour déclarer leurs gains et pertes sur change, ce qui leur permet de bénéficier du traitement des gains et pertes en capital. Une restriction a tout de même été établie et demeure en vigueur : les contribuables doivent conserver la même méthode d'une année à l'autre⁷⁶. Par conséquent, le spéculateur qui effectue le choix de la méthode du capital doit être conscient qu'il ne pourra pas modifier son choix par la suite et il doit donc analyser sa situation attentivement.

3.2. NOTION DE SPÉCULATEUR

Pour mieux comprendre qui sont les personnes visées par la règle réservée aux spéculateurs, il faut revoir la signification de cette notion. Aux fins des opérations à terme, l'ARC a déterminé qu'un spéculateur est « un contribuable qui s'engage dans une ou plusieurs opérations à terme ou acquiert une marchandise »⁷⁷. Elle énonce également des circonstances où le contribuable ne sera pas considéré comme un spéculateur tout en précisant que ces situations peuvent s'appliquer dans le cas d'opérations en devises étrangères :

- lorsque le contrat à terme est acquis dans le cadre des opérations courantes de l'entreprise et que le contrat porte sur des marchandises reliées aux activités de celle-ci;
- lorsque le contribuable a eu connaissance d'informations spéciales ou privilégiées concernant les opérations à terme et qu'il les utilise pour en tirer un profit. L'ARC indique que cette situation peut autant s'appliquer dans le cas où le dirigeant d'une entreprise a accès à des informations

⁷⁴ *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique AP91_001.063, « An Audit Perspective of Capital Markets », 4 avril 1991.

⁷⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 24, par. 7-8.

⁷⁶ *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 74.

⁷⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 24, par. 6.

privilegiées et qu'il acquiert des contrats à terme à des fins personnelles que dans le cas où il les acquiert pour l'entreprise;

- lorsque le contribuable est une société dont la principale ou l'unique activité consiste à négocier des opérations à terme⁷⁸.

Dans de tels cas où les contribuables ne sont pas considérés comme des spéculateurs, les gains et pertes devront être traités comme un revenu de nature courante, sans bénéficier de la possibilité de choisir la méthode d'imposition. Ainsi, les commerçants, les négociants ainsi que les institutions financières qui ont recours à des opérations à terme dans le cours normal de leurs activités devront utiliser la méthode du revenu pour déclarer leurs gains et pertes. Cependant, cela ne signifie pas que toutes les opérations à terme effectuées par ces contribuables bénéficieront de ce traitement puisque la nature de chaque opération sera évaluée séparément. L'ARC reconnaît que le contribuable qui se retrouve dans une des situations décrites ci-dessus peut également être considéré comme un spéculateur aux fins de certaines opérations⁷⁹, ou même comme effectuant des opérations de couverture pour d'autres. Cela pourrait être le cas lorsqu'il s'engage dans des opérations à terme sur lesquelles il ne possède pas de renseignements privilégiés ou si les opérations portent sur des marchandises qui ne font pas partie des activités courantes de l'entreprise. Par conséquent, le contribuable pourrait choisir le traitement fiscal de ces opérations. Toutefois, comme l'indique la prochaine section, la notion de spéculation n'est pas souvent retenue dans l'analyse des tribunaux.

3.3. ANALYSE DES DÉCISIONS DES TRIBUNAUX

La présente section analysera comment les règles énoncées par l'ARC sont interprétées et appliquées par les tribunaux et dans quel contexte un contrat à terme est réputé être intégré aux opérations de l'entreprise. Une attention particulière sera également portée à ces décisions pour évaluer si les contribuables considérés comme des spéculateurs ont réellement la possibilité de choisir leur méthode d'imposition. Étant donné qu'il y a très peu de décisions concernant les contrats de change à terme, la présente section analysera également celles qui traitent des contrats à terme sur les marchandises. Comme le Ministère l'a affirmé dans son bulletin

⁷⁸ *Id.*, par. 3 à 5.

⁷⁹ *Id.*, par. 9-10.

d'interprétation, le traitement devrait être le même pour ces opérations que pour les opérations concernant des devises étrangères⁸⁰.

Dans l'affaire *Atlantic Sugar Refineries*, où le contribuable avait conclu des contrats à terme pour se protéger contre une diminution du prix du sucre, la Cour suprême du Canada n'a pas reconnu que ceux-ci étaient utilisés à titre d'instrument de couverture. Le contribuable n'ayant jamais eu recours à de telles opérations à terme avant d'être incité par le gouvernement à acheter une grande quantité de sucre, le tribunal a reconnu qu'il s'agissait d'une opération unique en son genre⁸¹. Pourtant, le tribunal a tout de même déterminé que de tels contrats faisaient partie du cours normal des activités et que le gain devait être traité comme un revenu d'entreprise. Le tribunal n'a pas accepté l'argument que la société effectuait de la spéculation et a plutôt insisté sur le fait que la société s'était engagée dans une opération à terme concernant des marchandises reliées à l'exploitation de son entreprise. Cette décision démontre que la Cour n'acceptera pas de considérer une opération à terme comme spéculative lorsqu'elle concerne des marchandises reliées à l'exploitation de l'entreprise ou à son secteur d'activité, et ce, même si les opérations à terme ont été effectuées dans un contexte particulier. Elle confirme également qu'une seule opération de spéculation peut être suffisante pour qu'un contribuable soit considéré comme effectuant une activité commerciale.

Dans la décision *Granatstein & Son Ltd. c. MRN*⁸², rendue en 1955 par la Commission d'appel de l'impôt, le contribuable exerçait ses activités dans le domaine manufacturier et a conclu plusieurs contrats à terme sur différentes marchandises. La société prétendait qu'elle s'était engagée dans ce type d'opérations à des fins purement spéculatives et que celles-ci ne portaient aucunement sur des produits reliés à l'entreprise. Le contribuable soutenait que le profit réalisé devait être considéré comme un gain en capital. Il a précisé qu'il n'avait jamais entrepris de telles opérations avant de recevoir des informations selon lesquelles il pouvait réaliser un profit facilement. La Cour a reconnu que chaque affaire devait être jugée à la lumière des faits et circonstances propres à chacune⁸³. Dans ce cas-ci, elle a retenu que le contribuable avait entrepris une série d'opérations dont l'objectif était la réalisation d'un profit. De ce fait, le tribunal a déterminé

⁸⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 26, par. 6.

⁸¹ Précité, note 8, par. 8.

⁸² 55 D.T.C. 396 (C.A.I.) (ci-après « *Granatstein & Son* »).

⁸³ *Id.*, par. 11.

que le gain devait être imposé à titre de revenu d'entreprise puisque, en effectuant ces opérations, le contribuable était réputé exploiter un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial.

Dans l'affaire *Dominion Steel and Coal*⁸⁴, la Commission d'appel de l'impôt a déterminé que le profit généré par la liquidation des contrats de change à terme devait être imposable en tant que revenu d'entreprise. La Cour avait jugé que les contrats à terme jouaient un rôle d'instrument de couverture pour protéger les comptes clients contre des fluctuations de change. Malgré cette conclusion, le juge Fisher a également déterminé que le gain résultait du cours normal des activités de l'entreprise et, donc, l'entreprise n'a pas été considérée comme effectuant de la spéculation. Cependant, il n'est pas clair si le gain a été caractérisé en fonction de l'élément couvert ou en fonction de son intégration aux activités courantes de l'entreprise. En effet, peu importe le principe appliqué, le résultat reste le même : le gain est imposable à titre de revenu d'entreprise, puisque les comptes clients ne sont pas de nature capital. Bien que le tribunal ait reconnu qu'il s'agissait d'une opération de couverture, le juge précise clairement qu'il considère que le profit généré provient du cours normal des opérations de l'entreprise et il semble donc avoir opté pour le principe d'intégration. Cette affaire semble sous-entendre que, lorsque les contrats à terme sont conclus pour couvrir des opérations de l'entreprise, ils seront réputés être intégrés aux activités de l'entreprise. Toutefois, il faut noter que certains auteurs sont d'avis que le juge semblait mélanger les principes de lien et d'intégration.

Dans le jugement rendu par la division de première instance de la Cour fédérale dans l'affaire *Salada Foods*, le contrat à terme n'a pas été qualifié d'instrument de couverture puisque le tribunal semblait exiger un lien très étroit entre celui-ci et le placement dans les filiales. Le raisonnement du juge Urie était que la société a acquis le contrat à terme dans l'espoir de réaliser un profit et a donc conclu, à la suite des motifs exposés précédemment, que son intention était purement spéculative⁸⁵. Ainsi, il a jugé qu'il s'agissait d'une affaire de caractère commercial et le gain réalisé a été traité comme un revenu d'entreprise. Le juge Urie ne s'est donc pas attardé à savoir si le contribuable pouvait être traité comme un spéculateur, ce qui lui aurait permis de choisir sa méthode d'imposition. Toutefois, il faut noter que cette affaire a été jugée en 1974, soit avant que le Ministère ne publie sa position

⁸⁴ Précité, note 10, voir section 1.2. ci-dessus pour les détails de cette affaire.

⁸⁵ Précité, note 39, par. 20.

administrative⁸⁶. En se basant sur les faits présentés, la société ne s'est pas engagée dans des opérations à terme sur une marchandise reliée à son entreprise, elle n'a pas bénéficié de renseignement privilégié sur les fluctuations de devises et son entreprise ne consiste pas seulement à négocier de tels contrats à terme. Ainsi, le contribuable semble correspondre à la notion de spéculateur, mais le tribunal ne lui a pas permis de bénéficier de la méthode en capital. Cependant, l'opération correspond également à la notion d'affaire de caractère commercial puisque le contribuable avait déjà effectué de telles opérations par le passé et que son comportement semble confirmer qu'il avait l'intention présumée de vouloir réaliser un profit sur la variation de la devise. Par conséquent, il semble que ces deux notions (notion de spéculation et notion de projet comportant un risque ou affaire de caractère commercial) s'entrecoupent, ce qui peut être problématique puisqu'elles peuvent entraîner des impacts fiscaux différents, mais les tribunaux semblent accorder plus d'importance à la notion de projet comportant un risque ou affaire de caractère commercial.

Dans la cause *Stringam Farms Ltd. c. MRN*⁸⁷, entendue par la Commission de révision de l'impôt en 1977, le contribuable élevait du bétail tout en s'engageant dans des opérations à terme qui portaient principalement sur le bétail, mais également sur le grain. Le contribuable soutenait que ces opérations avaient été entreprises de façon distincte des activités de son entreprise et qu'elles ne constituaient pas des opérations de couverture. Puisqu'il prétendait qu'il n'avait pas agi à titre de commerçant, il affirmait que le gain devait être traité comme un gain en capital. En se basant sur le *Bulletin d'interprétation* IT-346, le ministre alléguait plutôt que le profit réalisé sur les contrats à terme devait être imposé à titre de revenu d'entreprise. Le tribunal a rejeté les arguments du contribuable en précisant que l'intention devait être le facteur dominant à considérer. Le profit a donc été imposé à titre de revenu d'entreprise et a été considéré comme provenant d'un projet qui comportait un risque ou une affaire de caractère commercial. Encore une fois, le tribunal a déterminé que le contribuable avait l'intention de réaliser un profit et ce fut un facteur déterminant pour trancher la question en litige. Le juge Cardin s'est exprimé dans les termes suivants pour justifier sa position :

« The fact that the transactions were speculative is not sufficient ground to conclude that they were capital in nature. It seems to me quite clear that the

⁸⁶ L'affaire *Salada Foods* a été jugée en 1974, tandis que le *Bulletin d'interprétation* IT-346R (AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 24) est daté de 1978.

⁸⁷ [1977] C.T.C. 2438 (C.R.I.) (ci-après « *Stringam Farms* »).

appellant in the purchase of commodity futures in both cattle and grain was not making a long-term investment but was seeking to make a profit on a purchase and quick sale of the commodities⁸⁸. »

Dans l'affaire *Grant Geddes c. MRN*⁸⁹ jugée en 1976, le contribuable exploitait un silo à grains et a effectué des opérations à terme sur le soya et le maïs. Le contribuable a admis qu'il n'avait pas de connaissances particulières dans ce type d'opérations et qu'il s'était plutôt fié à son intuition pour réaliser un profit. Le ministre désirait que ce profit soit imposé à titre de revenu courant, mais le tribunal a tranché en faveur du contribuable. La Commission de révision de l'impôt a déterminé que le contribuable n'exploitait pas une entreprise qui négociait des contrats à terme et comme il n'avait pas accès à des informations privilégiées, elle a conclu que le profit devait être imposé comme un gain en capital. Cette décision concorde avec la position administrative énoncée par l'ARC, puisque les marchandises sur lesquelles portaient les contrats à terme n'étaient pas reliées aux activités de l'entreprise et que le contribuable ne possédait pas d'informations privilégiées. Dans ce cas, le contribuable a pu bénéficier du traitement en capital dont le choix est à la discrétion du spéculateur selon la position administrative. Bien que cette affaire soit similaire à l'affaire *Stringam Farms*, il est intéressant de noter que les juges ne sont pas parvenus au même traitement fiscal. Ces causes ayant été jugées avant que la position administrative concernant les spéculateurs ne soit publiée, il aurait été intéressant de savoir si le jugement dans l'affaire *Stringam Farms* aurait été différent à la suite de cet allègement de l'ARC.

Dans l'affaire *Echo Bay Mines*, la division de première instance de la Cour fédérale a reconnu que les opérations n'avaient pas été entreprises à titre spéculatif, mais qu'elles avaient été engagées dans le cours normal des activités du contribuable. Puisque les contrats à terme couvraient la production de l'argent et faisaient partie intégrante des pratiques de l'entreprise, le tribunal a déterminé que le gain devait être inclus dans le bénéfice relatif à des ressources. Bien que la question en litige porte sur l'inclusion du gain dans un tel bénéfice en vertu du paragraphe 1204(1) R.I.R.⁹⁰, cette décision est pertinente puisqu'elle examine l'intégration des opérations aux activités de l'entreprise. Cette décision concorde avec la position administrative, puisque le contribuable, qui exerçait ses activités

⁸⁸ *Id.*, par. 19.

⁸⁹ [1976] C.T.C. 2449 (C.R.I.) (ci-après « *Grant Geddes* »).

⁹⁰ Tel qu'il a été précisé précédemment, le paragraphe 1204(1) R.I.R. définit l'expression « bénéfices bruts relatifs à des ressources ».

dans le domaine de l'argent et négociait des contrats à terme portant sur cette même marchandise, ne peut être considéré comme un spéculateur et ne peut bénéficier du traitement en capital.

Dans l'affaire *Friesen c. La Reine*⁹¹, rendue en 1994 par la Cour canadienne de l'impôt, M. Friesen a effectué plusieurs opérations à terme sur quelques produits qu'il ne détenait pas et qu'il ne souhaitait pas acquérir à des fins d'exploitation. Il recevait beaucoup d'informations de différents courtiers et effectuait sa propre recherche, tout en étant membre du Chicago Board of Trade. En effectuant ce type d'opération, le contribuable a réalisé des pertes qu'il souhaitait déduire à titre de revenu d'entreprise. Le ministre alléguait plutôt qu'elles devaient être déclarées à titre de pertes en capital en se basant sur le fait que le contribuable avait déjà déclaré un faible profit à titre de gain en capital. Le tribunal a tranché en faveur du contribuable étant donné le nombre d'opérations à terme effectuées ainsi que la nature de ces opérations⁹². Il a d'ailleurs ajouté que le fait d'avoir déclaré antérieurement un faible gain à titre de gain en capital n'influait pas sa décision. Le tribunal a accordé de l'importance au fait que le contribuable avait effectué plusieurs opérations de ce genre et qu'il avait acquis des connaissances pour effectuer de telles opérations. Ainsi, son comportement démontrait clairement que son intention était strictement de réaliser un profit. Ces facteurs étant généralement indicatifs d'un projet comportant un risque ou d'une affaire à caractère commercial, il est donc normal que le tribunal ait abondé dans ce sens.

Dans l'affaire *Saskferco*⁹³, dont le jugement a été prononcé par la Cour d'appel fédérale en 2008, le contribuable avait besoin de fonds pour la construction de son usine et avait décidé d'emprunter en devises américaines puisque la société générait des revenus en dollars américains. Ainsi, le contribuable souhaitait faire coïncider les dépenses de financement avec les encaissements en devises. En se basant sur les PCGR, le contribuable a choisi d'utiliser la méthode de comptabilité de couverture pour comptabiliser les fluctuations du taux de change, ce qui lui permettait de compenser ses effets de change réalisés sur les revenus encaissés et ceux sur les remboursements de capital. En souhaitant reproduire le même résultat sur le plan fiscal, le contribuable affirmait que la dette servait de couverture pour ses revenus générés en dollars américains. Ainsi, il arguait que les pertes sur

⁹¹ [1995] 1 C.T.C. 2560 (C.C.I.) (ci-après « *Friesen* »).

⁹² *Id.*, par. 9.

⁹³ Précité, note 47.

change réalisées sur les remboursements de l'emprunt devaient être qualifiées en fonction de l'élément sous-jacent, et donc comme des pertes de nature courante. Le ministre a refusé cette position en considérant que les pertes étaient plutôt de nature capital. La Cour a tranché en faveur du ministre en concluant que le but de l'emprunt était plutôt de financer la construction d'une usine, et ce, même si l'emprunt en devises permettait également de diminuer le risque de change lié à l'encaissement des revenus. Cette décision a pour effet d'entraîner des résultats sur le plan fiscal qui sont différents des résultats provenant des PCGR. Toutefois, elle concorde avec les principes de qualification des gains et pertes sur change, c'est-à-dire que les fonds empruntés doivent être qualifiés en fonction de leur utilisation. En effet, puisque la dette a été contractée principalement dans le but de financer la construction de l'usine et non dans le but de minimiser le risque de change sur l'encaissement des revenus, les pertes sur change réalisées doivent être qualifiées en fonction de la nature capital de l'usine.

Dans le jugement rendu en 1980 par la Commission de révision de l'impôt dans l'affaire *Gavreau Beaudry Ltée c. MRN*⁹⁴, la société agissait un peu à titre de grossiste, c'est-à-dire qu'elle revendait des produits importés de la France. Pour se protéger contre les fluctuations des francs français entre l'achat des marchandises et le paiement aux fournisseurs, le contribuable a conclu des contrats de change à terme de type *forward*. L'entreprise traitait ses gains et pertes sur la base du revenu courant puisqu'ils étaient engagés dans le cours normal des activités. À la suite d'une modification des termes de paiement avec les fournisseurs et en anticipant une dévaluation du dollar canadien, la société a conclu 12 contrats de change de type *futures*, pour des montants de 500 000 F chacun, qui lui permettaient d'échanger des montants prédéterminés à des dates précises. La société prétendait qu'il n'était plus nécessaire de conclure des contrats à terme pour chaque achat de marchandises et que, par conséquent, ceux-ci n'étaient plus engagés dans le cours normal des activités de l'entreprise. En s'appuyant sur ce point de vue, le contribuable affirmait que le gain réalisé sur ces nouveaux contrats de change était de nature capital. Le Ministère alléguait plutôt que les opérations à terme étaient encore entreprises dans le cadre du financement des activités de la société puisque celle-ci y avait recours régulièrement. De même, il arguait que le contribuable avait acquis une bonne connaissance des fluctuations de cette devise à la suite de nombreuses opérations avec ses fournisseurs français et que l'utilisation des contrats à terme était devenue une pratique courante pour cette entreprise. Par conséquent, il exigeait que le gain soit imposé à titre de revenu d'entreprise.

⁹⁴ [1981] C.T.C. 2475 (C.R.I.) (ci-après « *Gavreau Beaudry* »).

Pour trancher la question, le juge Tremblay a précisé que la politique administrative énonçait trois catégories dans lesquelles le contribuable devait être classé. La première catégorie *business speculators* concerne les contribuables qui s'engagent dans des opérations à terme *as an integral part of their business operations*⁹⁵ alors que les opérations portent sur des marchandises qui sont en lien avec l'entreprise. Ensuite, le juge Tremblay utilise le terme *insiders* pour décrire les employés, dirigeants qui ont accès à des informations spécifiques concernant certaines marchandises et qui utilisent ces connaissances pour conclure des contrats à terme et en tirer profit. Dans ces deux cas, le tribunal conclut que les gains et pertes réalisés profitent du traitement du revenu. Finalement, on renvoie aux *non-business speculators* comme étant tous ceux qui s'engagent dans des opérations à terme à titre purement spéculatif dans l'espoir de réaliser un profit. Pour ce type de spéculateur, il est possible de choisir la méthode d'imposition tant qu'elle n'est pas modifiée d'une année à l'autre.

Le juge Tremblay rejette l'argument du ministre de classer le contribuable dans la catégorie des *business speculators*. En effet, comme la société effectuait l'achat et la revente de tissus, il estime que les contrats à terme portant sur les devises ne font pas partie intégrante des opérations de l'entreprise. Le tribunal affirme que l'acquisition des francs français a été réalisée avec un objectif commercial, ce qui nous laisse supposer que c'est la raison pour laquelle il a également rejeté la catégorie des spéculateurs. Le juge Tremblay affirme également que l'intention du contribuable était clairement de réaliser un profit : « when they are the subject of futures trading, French francs are already sold at the time of their purchases; only the due date is different, it occurs once a month. Thus the existence of an intent to profit over the short term can no longer be doubted »⁹⁶. Pourtant, le tribunal ne conclut pas que le contribuable a agi à titre de spéculateur, mais il a déterminé, en vertu des principes généraux, que le gain résultait d'un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial et qu'ainsi, il devait être imposé à titre de revenu d'entreprise. En se reposant sur les principes généraux, le juge Tremblay affirme que dès qu'il y a une intention spéculative de revendre à profit, on est en présence d'une affaire de caractère commercial⁹⁷. Autrement dit, la Cour ne se base pas sur la position administrative et la remet plutôt en doute puisqu'elle juge qu'elle entre en

⁹⁵ *Id.*, par. 28.

⁹⁶ *Id.*, par. 40.

⁹⁷ *Id.*, par. 27.

conflit avec les principes fondamentaux portant sur le revenu d'entreprise énoncés à l'article 9 L.I.R.⁹⁸

À la suite de l'analyse de la jurisprudence, il ressort que la notion de spéculateur établie par l'ARC n'est pas très claire et ne semble pas être acceptée par les tribunaux. La différence entre une affaire de caractère commercial et un spéculateur semble également difficile à cerner. Les principaux critères pour déterminer qu'il s'agit d'une affaire de caractère commercial sont l'intention et la conduite du contribuable, de même que la nature du bien, ce qui peut entrer en conflit avec la notion de spéculateur dont l'intention est également de réaliser un profit. Ces notions n'étant pas définies dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il faut donc toujours analyser les faits et circonstances entourant l'opération. Dans l'affaire *Gavreau Beaudry*, la position administrative du Ministère sur les spéculateurs a été analysée explicitement, mais le tribunal a penché en faveur du projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial. Même si les motifs de ce raisonnement n'ont pas été exposés clairement, il semble que l'intention de réaliser un profit ait été un facteur important pour trancher en ce sens. Le tribunal n'a tout simplement pas accordé d'importance à la position administrative et a même précisé que, si le Ministère veut faire respecter cette position, celle-ci devra être codifiée dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁹⁹. Cette affirmation peut expliquer pourquoi les juges tranchent généralement en faveur d'un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial : cette notion a été incorporée à la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹⁰⁰, tandis que la notion de spéculateur pouvant choisir sa méthode d'imposition est simplement un allègement énoncé dans une position administrative et semble entrer en conflit avec la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

4. MOMENT DE RÉALISATION DES GAINS ET PERTES SUR CHANGE

La *Loi de l'impôt sur le revenu* étant muette au sujet du moment de réalisation des effets de change, il faut se tourner vers la jurisprudence et les lignes directrices de l'ARC pour déterminer le moment de réalisation des gains et pertes sur change issus d'un contrat de change à terme. Dans le *Bulletin d'interprétation IT-95R*, l'ARC distingue les opérations afférentes au revenu de celles afférentes au capital en ce qui a trait au moment

⁹⁸ *Id.*, par. 36.

⁹⁹ *Id.*, par. 43.

¹⁰⁰ Cette notion est incluse dans la définition d'une entreprise au paragraphe 248(1) L.I.R.

d'imposition du revenu. Dans le cas des contrats de change à terme utilisés à titre d'instrument de couverture, le moment de réalisation des effets de change peut avoir une incidence fiscale importante si le moment d'imposition de l'instrument de couverture diffère de celui de son élément sous-jacent. L'opération de couverture étant entreprise pour annuler ou diminuer l'effet de l'élément sous-jacent, les contribuables souhaitent que les impacts fiscaux s'annulent.

4.1. REVENU DE NATURE COURANTE

En ce qui concerne le revenu de nature courante, le Ministère est d'avis que tout règlement d'un compte client devra être imposé dans l'année d'imposition en cours et que toute méthode conforme aux PCGR pourra être utilisée, tant que celle-ci est conservée d'une année à l'autre¹⁰¹. Cette position administrative n'est pas récente et n'apporte pas vraiment de précisions sur le moment d'imposition des effets de change. Tel qu'il a été discuté, l'ARC a également déclaré que cette position pourrait être revue et annulée¹⁰². De plus, elle entre en contradiction avec l'arrêt *Canderel* où la Cour suprême du Canada avait déterminé que les PCGR ne créaient pas des règles de droit et qu'ils sont plutôt des outils d'interprétation qui peuvent avoir une influence sur le revenu, en fonction des faits et circonstances¹⁰³. Par contre, il faut noter que l'ARC préconise généralement l'uniformité entre les méthodes comptables et fiscales pour le moment de réalisation, mais il est possible qu'il y ait divergence dans certaines circonstances¹⁰⁴. Les PCGR peuvent donc être un outil important pour déterminer le moment d'imposition. Certaines causes analysées ne traitent pas des gains et pertes sur change, mais elles sont tout de même pertinentes puisqu'elles permettent d'éclaircir les principes concernant le moment de réalisation d'un revenu.

Dans l'arrêt *Canadian General Electric Company Ltd. c. MRN*¹⁰⁵, rendu par la Cour suprême du Canada en 1961, la filiale canadienne d'une société américaine achetait de sa société mère une quantité importante de marchandises en émettant un billet à payer en contrepartie. Cette méthode de

¹⁰¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 26, par. 7-8.

¹⁰² *CRA Views, op. cit.*, note 6, interprétation technique 2003-0023137, « Determining the penalty amount », 30 septembre 2003.

¹⁰³ Précité, note 46, par. 53.

¹⁰⁴ Steve SUAREZ et Byron BESWICK, « Canadian taxation of foreign exchange gains and losses », *Tax Notes*, 12 janvier 2009, p. 160.

¹⁰⁵ [1961] C.T.C. 512 (C.S.C.).

financement a été utilisée entre 1950 et 1952, puis la société a remboursé sa dette. Tel qu'il a été dicté par la comptabilité d'exercice, la société comptabilisait le montant à payer chaque année en utilisant le taux de change en vigueur le dernier jour de chacune de ces années d'imposition. À la suite d'une dévaluation du dollar américain par rapport au dollar canadien, la société a réalisé un gain sur change lors du remboursement de sa dette en 1952. Le contribuable a reconnu que le gain devait être imposé à titre de revenu, mais il alléguait qu'il devait être amorti sur les trois années en question. Toutefois, cette position a été contestée par le Ministère, qui réclamait que le gain soit entièrement imposé la troisième année, c'est-à-dire au moment de sa réalisation. La Cour suprême du Canada a reconnu que la méthode d'exercice utilisée par le contribuable était appropriée, puisque cela permettait de réévaluer chaque année la valeur du passif et que le gain représente la différence entre l'estimation et la valeur réelle du passif. Par conséquent, il semble que la Cour accepte l'imposition sur une base d'exercice en ce qui a trait aux gains et pertes sur change imposés à titre de revenu courant. Ce principe de réalisation a été confirmé récemment par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Ikea Ltd. c. La Reine*¹⁰⁶, dans laquelle une des questions en litige portait sur le moment où un paiement incitatif de location devait être inclus dans la déclaration de la société. La Cour a déclaré ce qui suit :

« [...] une somme peut avoir la nature d'un revenu même si elle n'est pas effectivement reçue par le contribuable mais seulement "réalisée" conformément à la méthode de la comptabilité d'exercice. En bout de ligne, l'effet de ce principe est clair : les sommes reçues ou réalisées par un contribuable – libres de conditions ou restrictions assortissant leur utilisation – sont imposables dans l'année où elles sont reçues, sous réserve de toute disposition contraire de la Loi ou d'une autre règle de droit¹⁰⁷. »

Dans cette cause, la Cour suprême a déterminé que, comme la société était libre d'utiliser le montant reçu et que celui-ci n'était assorti d'aucune restriction, le montant était imposable dans l'année où il a été reçu. En effet, la Cour indique que les revenus doivent être imposés au moment où les montants peuvent être établis. Cependant, elle affirme également que « chaque affaire dépend nécessairement des faits qui lui sont propres et de la situation particulière du contribuable »¹⁰⁸. Par conséquent, il semble que le moment de réalisation du revenu n'est pas une notion qui puisse être dictée

¹⁰⁶ 98 D.T.C. 6092 (C.S.C.) (ci-après « *Ikea* »).

¹⁰⁷ *Id.*, par. 37.

¹⁰⁸ *Id.*, par. 41.

par des règles précises et qu'une analyse de chaque situation est toujours nécessaire. Il faut tout de même noter que cet arrêt récent confirme qu'un revenu réalisé conformément à la comptabilité d'exercice peut être imposé, et ce, même si le montant n'a pas encore été reçu.

L'affaire *Friedberg c. Canada*¹⁰⁹, dont le jugement a été prononcé en 1993 par la Cour suprême du Canada, est également pertinente en matière de détermination du moment de réalisation du revenu. Les faits sont les suivants : le contribuable avait conclu des contrats à terme sur l'or durant une période de trois ans. Le contribuable a mis un terme, avant l'échéance, aux contrats sur lesquels il allait subir une perte et il a retardé à l'année suivante la liquidation des contrats qui allaient générer un gain. Le ministre exigeait que les gains et pertes soient déclarés en vertu de la méthode d'évaluation au cours du marché, ce qui aurait entraîné la réalisation des gains et pertes sur une base d'exercice. Cependant, la Cour suprême du Canada a rejeté cette position axée sur la méthode comptable et s'est exprimée dans les termes suivants pour trancher en faveur du contribuable : « [...] l'intimé a déclaré ses pertes lorsqu'elles sont réellement survenues et ses gains, lorsqu'ils ont été effectivement réalisés. À notre avis, l'appelante n'a pas démontré que l'on a commis une erreur en adoptant cette façon de procéder¹¹⁰. » Par conséquent, nous pouvons en déduire que le moment de réalisation aux fins fiscales ne coïncide pas nécessairement avec celui aux fins comptables. Sur le plan fiscal, les gains et pertes peuvent être déclarés au moment où ils sont effectivement réalisés. En effet, comme aucune disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'oblige le contribuable à déclarer ses gains non matérialisés sur une base d'exercice et qu'il a été reconnu que les PCGR n'avaient pas force de loi, la Cour a accepté la méthode adoptée par M. Friedberg.

L'affaire *Toronto College Park Ltd. c. La Reine*¹¹¹, dont la décision a été rendue en 1998, est similaire à l'affaire *Canderel* et la Cour suprême devait également analyser le moment où le paiement incitatif de location devait être déduit, c'est-à-dire s'il doit être déduit au moment où il est versé ou s'il peut être amorti sur la durée du bail. Dans les deux cas, la Cour suprême du Canada a déterminé que la méthode choisie devait donner une image fidèle du revenu et qu'il était possible pour le contribuable de déduire entièrement le montant dans l'année d'imposition où il est payé, et ce, même si les

¹⁰⁹ [1993] 2 C.T.C. 306 (C.S.C.) (ci-après « *Friedberg* »).

¹¹⁰ *Id.*, par. 3.

¹¹¹ 98 D.T.C. 6088 (C.S.C.) (ci-après « *Toronto College Park* »).

principes comptables ne préconisent pas cette approche. La Cour s'est exprimée dans les termes suivants sur l'importance des principes comptables : « [m]ême si la preuve comptable n'est pas déterminante pour ce qui est de la question juridique du bénéfice, elle est certainement pertinente et elle peut, dans bien des cas, se révéler éminemment convaincante »¹¹². Dans l'affaire *Canderel*, le tribunal a conclu que la société pouvait déduire entièrement son montant la première année puisque « [l]a méthode utilisée par Canderel était compatible à la fois avec le droit et avec les principes commerciaux reconnus, et elle donnait une image au moins aussi fidèle du revenu du contribuable que l'aurait fait la méthode fondée sur l'amortissement »¹¹³. Autrement dit, la méthode choisie par le contribuable ne doit pas forcément respecter les PCGR, mais elle ne doit pas entrer en conflit avec les principes commerciaux, ni avec l'esprit de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹¹⁴.

Bien que les arrêts *Canderel*, *Toronto College Park* et *Ikea* ne portent pas sur les opérations en devises, elles sont tout de même pertinentes puisqu'elles ont considéré les principes généraux du paragraphe 9(1) L.I.R., et plus particulièrement le moment de la constatation du revenu aux fins fiscales. D'ailleurs, nous avons déjà abordé cet aspect à la section 1. ci-dessus, où l'ARC a indiqué que les gains et pertes sur change doivent respecter les principes généraux de cette disposition. Les affaires présentées plus haut peuvent sembler contradictoires puisque les juges ne parviennent pas à la même conclusion, mais cela est plutôt dû au fait que les deux méthodes sont acceptées. Nous pouvons donc conclure que les gains et pertes sur change peuvent être imposés au moment où ils sont effectivement réalisés ou sur une base d'exercice, soit à chaque fin d'année d'imposition. Cette position a été confirmée par l'ARC dans une interprétation technique¹¹⁵, mais elle précise que cela est valable uniquement pour les revenus de nature courante, pourvu que la méthode choisie soit conservée d'une année à l'autre. Également, nous devons ajouter que la méthode ne doit pas entrer en conflit avec les principes commerciaux ni avec l'esprit de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

¹¹² *Id.*, par. 24.

¹¹³ Précité, note 46, par. 66.

¹¹⁴ Nicolas LEGAULT, « Fluctuation des taux de change – Incidences fiscales », dans *Congrès 2005*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2006, pp. 49:1-28.

¹¹⁵ *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 74, interprétation technique 9036361, « Foreign exchange », décembre 1991.

4.2. REVENU DE NATURE CAPITAL

Le moment de réalisation des effets de change de nature capital est plus facile à établir et laisse moins place à interprétation. En effet, les gains et pertes sur change sont imposés uniquement lorsqu'ils sont réalisés¹¹⁶. Cette position a été établie dans l'arrêt *Consolidated Glass c. MRN*¹¹⁷ et a été suivie par le Ministère¹¹⁸. Dans cet arrêt, la Cour suprême du Canada a établi que le contribuable devait absolument disposer de son actif pour pouvoir réclamer sa perte en capital et qu'une simple évaluation de la valeur à la fin de l'année d'imposition ne serait pas acceptée. Par conséquent, la Cour a déterminé qu'une opération réelle devait avoir lieu et les gains et pertes en capital anticipés ne seront pas considérés. D'ailleurs, le Ministère précise dans le *Bulletin d'interprétation IT-95R*¹¹⁹ que le paragraphe 39(2) L.I.R., disposition qui traite explicitement des gains et pertes sur change, ne pourra s'appliquer si une transaction réelle n'a pas lieu. L'ARC a également indiqué que « la méthode de comptabilité d'exercice pour les gains ou les pertes sur change étranger n'est pas acceptée aux fins de déclaration des gains ou pertes sur change afférents au capital »¹²⁰.

CONCLUSION

Les gains et pertes résultant des contrats sur change à terme bénéficient généralement du traitement de revenu courant. Cependant, les gains et pertes provenant des contrats à terme qui se qualifient d'instrument de couverture pourront être caractérisés en fonction de l'opération sous-jacente et pourraient ainsi bénéficier du traitement de capital. Toutefois, il semble qu'il soit assez difficile de les qualifier à titre d'éléments de couverture, puisque les deux éléments doivent être suffisamment liés. Bien qu'aucun principe, ou critère, n'ait été énoncé pour préciser comment atteindre ce degré de liaison, il ressort des tribunaux que le lien doit être très étroit, mais cette question a été examinée dans un nombre relativement peu élevé de décisions. Pour les contrats à terme qui ne sont pas considérés comme des instruments de couverture, la revue de la jurisprudence démontre que la position

¹¹⁶ Robert A. KOPSTEIN et Janette Y. PANTRY, « Foreign Exchange Issues », dans *2003 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2004, pp. 27:1-54, à la page 27:11.

¹¹⁷ [1957] C.T.C. 78 (C.S.C.).

¹¹⁸ *Supra*, note 115.

¹¹⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 26, par. 13.

¹²⁰ *Id.*

administrative, qui consiste à laisser un spéculateur choisir sa méthode d'imposition, n'est pas réellement acceptée par les tribunaux. Ceux-ci ont plutôt tendance à considérer que l'opération est intégrée aux activités de l'entreprise. Si ce n'est pas le cas, le tribunal détermine généralement qu'il s'agit plutôt d'un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial, en accordant beaucoup d'importance au fait que l'intention du contribuable est généralement la réalisation d'un profit. Nous pouvons en conclure qu'il existe encore une incertitude quant au traitement fiscal des gains et pertes provenant des contrats de change à terme et le législateur devra éventuellement analyser la nécessité de clarifier ces règles en ajoutant des dispositions fiscales précises.

Pour déterminer le moment d'imposition des gains et pertes sur change résultant des contrats de change à terme, il faut distinguer les opérations afférentes au revenu de celles afférentes au capital. La jurisprudence a établi que les opérations de nature courante peuvent, dans certaines circonstances, être imposées sur une base d'exercice, mais ce n'est pas le cas des revenus et pertes de nature capital. En effet, ceux-ci doivent être déclarés uniquement lorsqu'ils sont réalisés, c'est-à-dire lorsqu'une opération réelle a eu lieu.

ANNEXE – RÉSUMÉ DES IMPACTS FISCAUX

CONTRATS DE CHANGE À TERME

INSTRUMENTS DE
COUVERTUREINSTRUMENTS
SPÉCULATIFS

Facteurs à considérer

Il faut établir s'il existe une couverture en considérant les aspects *suivants* :

- liquidation des contrats avant échéance;
- couverture continue *vs* intermittente;
- lien suffisant pouvant être établi entre l'instrument de couverture et l'élément sous-jacent;
- concordance parfaite entre les montants.

Il faut déterminer si le contribuable se qualifie de « spéculateur » en vertu de la position administrative de l'ARC.

Un contribuable n'est pas considéré comme un spéculateur dans les situations suivantes :

- si le contrat à terme est acquis dans le cadre des opérations courantes de l'entreprise et s'il porte sur des marchandises reliées à celle-ci;
- si le contribuable a eu des informations spéciales ou privilégiées dont il a pu tirer profit;
- si la principale (ou unique) activité de la société est de négocier des opérations à terme.

Traitement fiscal

Si le contrat à terme est considéré comme un instrument de couverture

ET

que le lien qui unit l'instrument à l'opération sous-jacente est jugé suffisamment important :

- les gains et pertes sur change adoptent le même caractère fiscal que l'élément couvert, donc ils peuvent être de nature courante ou de nature capital;
- sinon, se référer au traitement fiscal des instruments spéculatifs.

Un spéculateur peut choisir sa méthode d'imposition pour les gains et pertes sur change :

- les gains et pertes sur change peuvent être de nature courante ou de nature capital à la discrétion du contribuable, et la méthode choisie doit être appliquée d'une année à l'autre.

Si le contribuable n'est pas considéré comme un spéculateur :

- les gains et pertes sur change sont imposés comme un revenu courant.

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 financière* (généralement 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 financière* 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 placé à la dernière page de la présente publication.

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 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

**MEMBRES CORPORATIFS APFF
2010**

AGENCE DU REVENU DU CANADA

M. Jean-Jacques Lefebvre

Directeur, Division de l'évitement fiscal et des
vérifications spécialisées

ASSOCIATION CANADIENNE DES COMPAGNIES
D'ASSURANCES DE PERSONNES INC.

M. Yves Millette

Vice-président principal aux affaires québécoises

AXA ASSURANCES INC.

M. Jacques Denis, AVA, Pl. Fin.

Vice-président, Développement des affaires,
Ventes et Marketing

BANQUE LAURENTIENNE DU CANADA

M. Stéphane Lanthier, CGA, LL.M. fisc.

Vice-président, Fiscalité

BANQUE NATIONALE GESTION PRIVÉE 1859

M^e André L'Espérance, LL. L.

Président

BARREAU DU QUÉBEC

M^e Jacques Houle, avocat, MBA, CRIA

Directeur général

BDO DUNWOODY, S.R.L./LLP

M. Sylvain Guindon, CA, Pl. Fin.

Associé

BELL CANADA

M. Pierre Potvin, LL. B., CGA, M. Fisc.

Directeur, Fiscalité corporative

BMO SOCIÉTÉ D'ASSURANCE-VIE

M. Daniel Walsh, ASA

Vice-président régional, Est du Canada

BOILY HANDFIELD, CA
M. Fernand Boily, CA
Associé

BRASSARD GOULET YARGEAU, SERVICES FINANCIERS
INTÉGRÉS
M. Éric Brassard, CA, Pl. Fin.
Président

CANADIEN NATIONAL
M^e Sean Finn, avocat
Vice-président exécutif services corporatifs, chef de la direction
des affaires juridiques et secrétaire général

CARSWELL, UNE SOCIÉTÉ THOMSON REUTERS
M^e Mélanie Dansereau-Cahill, avocate
Directrice des publications-Fiscalité et Comptabilité

CHAMBRE DE LA SÉCURITÉ FINANCIÈRE
M. Luc Labelle, M. Sc.
Président et chef de la direction

CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC
M^e Jean Lambert, notaire
Président

CIRQUE DU SOLEIL
M. Raymond Cadieux, CGA
Conseiller principal en fiscalité corporative

CLOUTIER & BRISEBOIS, CA
M. Pierre-Yves Daoust, BAA, CGA
Fiscaliste

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

CONSULTAXE LTÉE
M. Jean E. Fortier
Directeur du développement des affaires

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

DEMERS BEAULNE, S.E.N.C.R.L.
M. Gil Demers, CA, M. Fisc.
Associé, Service de la fiscalité

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

DUFOUR CHARBONNEAU BRUNET & ASSOCIÉS INC.,
COMPTABLES AGRÉÉS
M^{me} Huguette Raymond, CGA, D. Fisc.
Associée

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

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

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

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

FINANCIÈRE MANUVIE
M^{me} Diane Hamel, CGA
Vice-présidente adjointe, planification fiscale et successorale

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

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

FLG INC.

FONDATION DU GRAND MONTRÉAL

M^{me} Marina Boulos-Winton

Présidente-directrice générale

FORCE FINANCIÈRE EXCEL

M. James McMahon, Pl. Fin.

Président-directeur général

FRASER MILNER CASGRAIN S.E.N.C.R.L.

M^e Jean Groleau, avocat

Associé

GALLANT & ASSOCIÉS, CA S.E.N.C.R.L.

M^{me} Renée Gallant, CA, M. Fisc.

Associée

GAZ MÉTRO

M^{me} Marie-Claude Gratton, CA

Conseillère senior, Gestion fiscale

GESTION PLACEMENTS DESJARDINS

M. Jean Brunelle, Adm.A.

Vice-président, Gestion privée

GESTION PRIVÉE DE PATRIMOINE CIBC

M. Alain Folco, MBA, FCSI, Adm.A., Pl. Fin.

Vice-président associé

GROUPE ALTUS

M. Robert Dorion, ing., MBA, É.A., AACI

Vice-président exécutif, Évaluation foncière des recherches

GROUPE CLOUTIER INC.

M. Gilles Cloutier

Président

GROUPE DYNAVISON INC.

M. Romain Gagnon, ing.

Président et conseiller principal en recherche et technologie

GROUPE FINANCIER MULTI COURTAGE INC.

M. Guy Duhaime, AVC, Pl. Fin.

Président et chef de la direction

GROUPE FINANCIER STRATÈGE

M. Gabriel Couture
Conseiller en sécurité financière

GROUPE GESTION PRIVÉE SCOTIA

M. Jean-Paul Choucha
Chef et directeur général

GROUPE HLP

M. Yves Hamelin
Président

GROUPE RS & DE INC.

M. Marc Berthelet, Ph. D.
Vice-président, Expertises scientifiques

HARDY NORMAND & ASSOCIÉS S.E.N.C., CA

M. Marcel Lemay, FCA
Associé
Directeur du service de la fiscalité

HEC MONTRÉAL

Bureau de développement
M^{me} Jocelyne Gonthier
Directrice des dons majeurs et planifiés

INDUSTRIELLE ALLIANCE, ASSURANCE ET
SERVICES FINANCIERS

M^{me} Lyne Pelchat, CA
Directrice, fiscalité

INTACT CORPORATION FINANCIÈRE

M. Yves Poulin, CMA
Vice-président, Fiscalité

INSTITUT QUÉBÉCOIS DE PLANIFICATION FINANCIÈRE

M. Robin W. De Celles, BAA, AVA, Pl. Fin.
Président

INVESTISSEMENT QUÉBEC

M. Denis Valois, économiste
Directeur des mesures fiscales

INVESTISSEMENTS MANUVIE

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

JARRY BAZINET AVOCATS & CONSEILLERS D'AFFAIRES INC.

M^e Patrick Bazinet, avocat, LL.M. fisc.
Associé

KPMG S.R.L./S.E.N.C.R.L.

M. Denis Lacroix, notaire, M. Fisc.
Associé

LA CAPITALE ASSURANCES MFQ INC.

M^{me} Guylaine Ouellet, CA
Gestion financière

LA COOP FÉDÉRÉE

M. Yves Jasmin, CA, LL.M. fisc.
Directeur de la fiscalité

LA SURVIVANCE, COMPAGNIE

MUTUELLE D'ASSURANCE-VIE

M. Stéphane Rochon, B. Comm., AVA, Adm.A., RHU
Vice-président, Ventes et marketing
Assurance individuelle

LAVERY

M^e Luc Pariseau, avocat, M. Fisc.
Associé

LE GROUPE CSL INC.

CANADA STEAMSHIP LINES INC.

M^{me} Sophie Brûlotte, CA
Directeur, Fiscalité et planification financière

LOMBARD ODIER DARIER HENTSCH (CANADA), SOCIÉTÉ EN
COMMANDITE

M. Michel Di Grégorio
Président

MCLEAN BUDDEN LTÉE

M. Alexandre Legault, MBA, CFA
Vice-président et gestionnaire de portefeuilles

MORNEAU SOBECO

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

OPTION FORTUNE INC.

M^{me} Anne-Marie Girard-Plouffe, Adm.A., Pl. Fin., AVA, GPC, FICVM
Conseillère en sécurité financière

ORDRE DES COMPTABLES EN MANAGEMENT
ACCREDITÉS DU QUÉBEC

M. François Renaud, CMA
Président-directeur général

ORDRE DES COMPTABLES GÉNÉRAUX
ACCREDITÉS DU QUÉBEC

M^{me} Paulette Legault, CGA
Présidente-directrice générale

OSLER, HOSKIN & HARCOURT S.E.N.C.R.L./S.R.L.

M^e François Auger, avocat, CA
Associé

PINCHEVSKY & CO CONSEILLERS EN RS & DE

M. Terry Trotic, B. Ing., MBA
Président

POWER CORPORATION DU CANADA

M. Maurice Fréchette, CGA
Directeur de la fiscalité

PPI QUÉBEC INC.

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

PREMTEC – Firme d'ingénierie

Génie-conseil en crédits d'impôt RS & DE
M. Jean-François Clément, ing.
Président

PUBLICATIONS CCH LTÉE

M. Michel Masse
Vice-président

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

RÉSO GESTION CORPORATIVE INC.
M^c Charles Denis, avocat
Administrateur

RIO TINTO CANADA
M. Christian Robin
Directeur, Crédits d'impôt

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

SAMSON BÉLAIR/DELOITTE & TOUCHE S.E.N.C.R.L.
M. Dominic Vendetti, CA
Associé
Leader de la fiscalité, Québec Centre
Services aux sociétés privées

T.E. MIRADOR
M. Yves Leroux
Vice-président

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

TRANSCONTINENTAL INC.
M. Pierre Côté, CA, M. Fisc.
Directeur principal, Fiscalité

TRUST BANQUE NATIONALE
M^c Sophie Ducharme, notaire
Vice-présidente, Fiducie et succession

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

VILLENEUVE VENNE s.e.n.c.r.l.
M^{me} Nancy Nerone, LL.M. fisc.
Directrice du service de la fiscalité